REPÚBLICA DEL PERÚ

Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010306492019

Expediente	:	00706-2019-JUS/TTAIP
Impugnante	:	**MARSH REHDER CORREDORES DE SEGUROS**
Entidad	:	**FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO - FONAFE**
Sumilla	:	Declara fundado en parte recurso de apelación

Miraflores, 17 de octubre de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00706-2019-JUS/TTAIP de fecha 11 de septiembre de 2019, interpuesto por **MARSH REHDER CORREDORES DE SEGUROS,** representado por Juan Carlos Rizo-Patrón Leguía, contra el Acta de Revisión de Expedientes de fecha 28 de agosto de 2019 emitido por el **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO – FONAFE**, con la cual respondió la solicitud de acceso a la información pública presentada el 13 de agosto de 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Mediante solicitud de acceso a la información pública presentada al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE[1] el 13 de agosto de 2019, la recurrente pidió revisar las ofertas que las empresas AON Perú Corredores de Seguros y Willis Corredores de Seguros remitieron a la entidad en su condición de postores en el proceso de selección del corredor corporativo de seguros para las empresas eléctricas bajo el ámbito de FONAFE[2], convocado por esta institución[3].

A través del correo electrónico de fecha 15 de agosto de 2019, la entidad requirió a la solicitante que subsanara su pedido, en tanto consideró que no era preciso ni concreto al no haber identificado con exactitud la información requerida. Mediante correo electrónico de fecha 19 de agosto del 2019, la solicitante procedió a detallar cada uno de los documentos incluidos en las ofertas presentadas por los citados postores, requiriendo el costo de reproducción de la información solicitada.

---

1 En adelante, FONAFE o la entidad.

2 De acuerdo al "*Lineamiento general para la designación de corredores de seguros en las Empresas bajo el ámbito de FONAFE*", aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 037-2019/DE-FONAFE, se entiende que un corredor de seguros "*[r]ealiza una actividad de intermediación y asesoría en la contratación de coberturas de seguro, incluyendo entre sus funciones, la de asesorar durante la vigencia del contrato de seguros, sobre el contenido y condiciones de la póliza, incluyendo el trámite de solicitud de cobertura y cobro de indemnización en caso de siniestro*".

3 La recurrente señala en su escrito de apelación que fue invitada a participar en el referido concurso el 31 de julio de 2019.

Con fecha 28 de agosto de 2019 la solicitante fue convocada a las instalaciones de la entidad para revisar las copias de la información requerida, suscribiéndose un acta de revisión de expedientes entre la entidad y la solicitante. Sin embargo, la institución tachó los datos personales contenidos en las propuestas presentadas por los postores, alegando la aplicación de la excepción relativa al derecho a la protección de datos personales.

Con fecha 11 de septiembre de 2019 la recurrente presentó el recurso de apelación materia de análisis, sosteniendo que la entidad tachó el nombre de los ejecutivos que integraban los Planteles Técnicos propuestos, sus años de experiencia y los nombres de las empresas que emitieron las constancias que acreditan dicha experiencia. Asimismo, señaló que se borró el nombre de las personas a favor de las cuales se emitieron las constancias que acreditan la experiencia de los Planteles Técnicos, así como los currículums vitae de los equipos técnicos y la información que pudiese acreditar que estos documentos hubiesen sido presentados. Por último, sostuvo que no se le brindó información presentada por los postores que evidencian el cumplimiento de los requisitos de acreditación técnica, legal y económica, razón por la cual no pudo verificar si dichas empresas se encontraban calificadas.

Alega la recurrente que esta respuesta contravino su derecho de acceso a la información pública porque no resultaba aplicable la excepción relativa al derecho a la protección de datos personales, en tanto la información requerida forma parte de las ofertas presentadas por los postores en un proceso público de selección, convocado por la entidad, en la que dichos datos constituyen requisitos de admisión y de calificación; por estas razones, solicitó que se disponga que la entidad brinde copias simples de las ofertas presentadas por los participantes.

Mediante la Resolución N° 010106432019 de fecha 2 de octubre de 2019[4], se admitió a trámite el citado recurso de apelación, requiriendo a la entidad la presentación de sus descargos, los cuales fueron remitidos a esta instancia el 14 de octubre último mediante Hoja de Trámite N° 72587, señalando que cumplió con atender el pedido de información pública en sus términos, es decir, proporcionó el acceso directo a la información sin proporcionar copias, en tanto esa modalidad de entrega no fue señalada por la recurrente en su solicitud; por otro lado, sostuvo que debe existir consentimiento expreso para el tratamiento de los datos personales presentados por los participantes en el proceso de selección para que estos sean brindados, lo cual no existió por lo que mantuvo ocultos ciertos datos, actuación que gozó de la conformidad de la solicitante, al suscribir el Acta de Revisión de Expedientes, indicando que ello no impidió que ésta pudiera conocer el criterio empleado por el Comité ad hoc para designar a la empresa ganadora del concurso, lo cual se verifica en el hecho que ejerció su facultad de contradicción contra la carta de nombramiento a favor de AON Perú Corredores de Seguros.

En la fecha se ha llevado a cabo el informe oral solicitado por la entidad, la que reiteró que no brindó a la solicitante copias simples de las ofertas presentadas por los postores AON Perú Corredores de Seguros y Willis Corredores de Seguros porque dicha modalidad de entrega no fue señalada por ella. Asimismo, expuso que su Área de Logística, unidad poseedora de los expedientes de designación de corredores de seguros, tachó los datos sobre personas naturales contenidos en la documentación solicitada, como el nombre en los currículums vitae del personal técnico propuesto por los postores. Por su parte, la recurrente indicó que en el escrito de subsanación precisó que también requirieron copias simples; en adición, señaló que la información requerida trata sobre los requisitos de calificación en el concurso público en mención.

[4] Notificada a la entidad el 7 de octubre de 2019.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú establece que toda persona goza del 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*".

En este marco, el artículo 3° de la Ley de Transparencia establece que, en virtud del principio de publicidad, toda información que posea el Estado es de acceso ciudadano, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 10° del mismo texto señala que "*[l]as 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 precisar que una de las modalidades de entrega de información pública es el acceso directo, establecido en el artículo 12° de la Ley de Transparencia, que dispone que "*(...) las entidades de la Administración Pública permitirán a los solicitantes el acceso directo y de manera inmediata a la información pública durante las horas de atención al público*".

Con relación a la información sujeta al principio de publicidad, el numeral 3 del artículo 5° de la Ley de Transparencia señala que las entidades de la Administración Pública deberán publicar en sus portales web "*[l]as adquisiciones de bienes y servicios que realicen. La publicación incluirá el detalle de los montos comprometidos, <u>los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos</u>*" (subrayado añadido).

Asimismo, el numeral 4 del artículo 25° de la referida ley añade que las entidades deben difundir de manera oficiosa "*[i]nformación contenida en el Registro de procesos de selección de contrataciones y adquisiciones, especificando los valores referenciales, <u>nombres de los contratistas</u>, montos de los contratos, penalidades y sanciones y costo final, de ser el caso*" (subrayado añadido).

Igualmente, el literal h) del artículo 8° del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[5], establece que las entidades de la Administración Pública deben publicar en su Portal de Transparencia "*[l]a información detallada sobre todas las contrataciones de la entidad*" (subrayado añadido).

Cabe anotar que el 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 Intereses[6], establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe estar debidamente fundamentada por las excepciones establecidas en dicho cuerpo normativo. Añade el artículo 5° del Reglamento de la Ley de Transparencia que la denegatoria debe exponer las razones de hecho que la justifican.

---

[5] En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.
[6] En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

Respecto a las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el numeral 5 del artículo 17° de la Ley de Transparencia establece que "*[e]l derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: (...) La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. (...)*"

Asimismo, el artículo 18° de la Ley de Transparencia establece que las causales de excepción contempladas en la citada ley son las únicas habilitadas para limitar dicho derecho, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva, debido a que se trata de una intervención a un derecho fundamental.

Por su parte, el artículo 19° de dicho instrumento normativo[7] señala que corresponde que las entidades públicas tachen los fragmentos de los documentos que se encuentren parcialmente cubiertos por una norma de excepción.

Adicionalmente, el artículo 13° del mismo cuerpo normativo prescribe que "*[n]o se podrá negar información cuando se solicite que esta sea entregada en una determinada forma o medio, siempre que el solicitante asuma el costo que suponga el pedido*".

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la información fue solicitada en copias simples, y si ésta se encuentra incursa en la causal de excepción al derecho de acceso a la información pública prevista del numeral 5 del artículo 17° de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia

Sobre el particular, a efecto de dilucidar la materia controvertida, resulta pertinente determinar si el FONAFE es una entidad bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia, es decir, si es un sujeto obligado por dicha ley.

a) <u>En relación a la condición de sujeto pasivo de la entidad</u>

Según el numeral 1.1 del artículo 1° de la Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado[8], el FONAFE "*(...) es una Empresa de Derecho Público adscrita al Sector Economía y Finanzas, encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado*".

De acuerdo al artículo 3° del Reglamento de la Ley del FONAFE, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2000-EF[9], esta entidad tiene entre sus funciones: "*b) [a]dministrar los recursos derivados de la titularidad de las acciones del Estado (...)*"[10], así como "*d) [d]irigir el proceso presupuestario y la gestión de las empresas bajo su ámbito de conformidad con las normas, directivas y acuerdos que se emitan para esos efectos*".

---

7 "*Artículo 19.- Información parcial*
En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento".

8 En adelante, Ley del FONAFE.

9 En adelante, Reglamento de la Ley del FONAFE.

10 En coherencia con esta función, la Primera Disposición Complementaria Transitoria y Final de la Ley del FONAFE señala que "*(...) las Entidades y Empresas del Estado transferirán al FONAFE las acciones de las empresas en que participen como accionistas. (...)*".

Conforme al artículo 4° del Reglamento de la Ley del FONAFE, entre las empresas bajo el ámbito de esta entidad se encuentran las empresas con accionariado único, mayoritario y minoritario del Estado, ejerciendo el FONAFE la titularidad de dichas participaciones[11].

En virtud del numeral 1 del artículo 30° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado[12], el FONAFE establece los principios de buen gobierno corporativo que deben cumplir las empresas del Estado que se encuentran bajo su ámbito.

Entre los principios que las empresas del Estado deben seguir, incluido el FONAFE, está el de transparencia, tal como lo reconoce el literal b) del artículo 2° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031. Igualmente, el artículo 31° de dicho cuerpo normativo señala que "*[l]as empresas del Estado se rigen por estándares de transparencia que determinan que sus actos son accesibles al conocimiento de la ciudadanía a través de los mecanismos adecuados de difusión*".

En cumplimiento de este principio, la entidad aprobó el "*Lineamiento de Transparencia en la gestión de las Empresas bajo el ámbito de FONAFE*", mediante la Resolución N° 023-2018/DE-FONAFE de fecha 2 de abril de 2018, definiendo el concepto de información pública como "*[i]información contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por la Empresa o que se encuentre en su posesión o bajo su control*" (subrayado añadido), apreciándose en esta disposición una noción amplia del objeto del derecho de acceso a la información pública.

Además, resulta pertinente añadir que la actividad empresarial del Estado, llevada a cabo por FONAFE en su condición de accionista, se encuentra sujeta al principio de subsidiariedad, reconocido en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú, que dispone que el Estado puede realizar este tipo de actividad cuando exista un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional, siempre que se encuentre autorizado por ley expresa y sea insuficiente la oferta privada[13].

Sobre el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información pública en empresas del Estado, a modo de referencia el artículo 3° de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos mediante la Resolución AG/RES. 2607, las incluye al establecer que

---

[11] El artículo 4° del Decreto Legislativo 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, señala que esta se realiza cuando el Estado tiene accionariado único y privado en empresas, y cuando las empresas del Estado cuentan con potestades públicas:
"*Artículo 4.- Ámbito. Están bajo el ámbito de FONAFE las empresas cuyo capital pertenece, de manera directa o indirecta, íntegramente al Estado y aquellas en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria, con las excepciones previstas en la Ley.*
En las empresas en que el Estado tiene participación minoritaria en el capital, FONAFE únicamente ejerce la titularidad de las acciones. Dicha titularidad comprende el ejercicio de todos los derechos que, de acuerdo a la Ley General de Sociedades, corresponden a los accionistas".

[12] En adelante, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031.

[13] "*Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*
Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

"*(...) se aplica a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del Gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal); se aplica también a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y se aplica asimismo a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente) o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados*" (subrayado añadido).

Por su parte, el artículo 8° de la Ley de Transparencia señala que "*[l]as empresas del Estado están sujetas al procedimiento de acceso a la información establecido en la presente Ley*". Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado los alcances de dicha disposición en los Fundamentos Jurídicos 22 a 25 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03994-2012-PHD/TC, al señalar que, en principio, toda información bajo poder o tenencia de las empresas del Estado, es de acceso ciudadano, debido a que las acciones estatales de las cuales son titulares suponen actos de disposición de recursos públicos, y a que su actividad económica se encuentra sujeta al control del Estado:

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

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

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

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

Teniendo en consideración que FONAFE es accionista de las empresas del Estado, disponiendo así de recursos públicos, y que su actividad empresarial se sujeta al principio de subsidiariedad, a lo que se añade que es una empresa

de derecho público[14], se concluye que ostenta la condición de sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública, tal como lo prevé el artículo 8° de la Ley de Transparencia, encontrándose obligada a entregar, en principio, toda la información que esté bajo su poder o posesión.

b) En relación a la modalidad de entrega de la información solicitada

De autos se advierte que la recurrente presentó su solicitud de acceso a la información pública el 13 de agosto de 2019 a través del Portal de Transparencia de la entidad, señalando como forma o modalidad de entrega el acceso directo, reconocido en el artículo 12° de la Ley de Transparencia.

Al considerar la entidad que dicho requerimiento no cumplía con el requisito de contener la expresión concreta y precisa de lo solicitado, requirió a la solicitante que subsanara su pedido, en el marco del artículo 11° del Reglamento de la Ley de Transparencia[15], por lo que mediante correo electrónico de fecha 19 de agosto de 2019, la recurrente identificó cada uno de los documentos de interés, además de solicitar que se le indique "*(...) el costo de reproducción según folios que estimen, a fin de realizar el pago correspondiente*" (subrayado añadido).

Siendo ello así, esta instancia considera que, al proceder a la subsanación, la solicitante añadió a su pedido inicial de acceso directo el de la entrega de copias, ya que solicitó expresamente que se le brinde el costo de reproducción de la documentación requerida según el número de folios en una clara referencia a la expedición de copias.

Cabe señalar que el artículo 11° del Reglamento de la Ley de Transparencia, que regula el procedimiento de subsanación por defecto u omisión de los requisitos de las solicitudes de acceso a la información pública, no impide que la comunicación de subsanación emitida por los solicitantes pueda hacer añadidos a la información solicitada o a la modalidad de entrega de la misma. En realidad, brindar información adicional que sea necesaria para obtener un pronunciamiento a su solicitud es una facultad de todo administrado, de acuerdo al numeral 68.1 del artículo 68° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS[16], de aplicación supletoria al presente procedimiento[17].

Tal como ha previsto el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04912-2008-PHD/TC, toda interpretación de las normas relativas al derecho de acceso a la información pública debe guiarse por el principio pro persona, es decir, debe asegurar el ejercicio pleno de este derecho por parte de la ciudadanía. A la luz de dicho

---

[14] FONAFE ejerce prerrogativas de poder público, al encontrarse facultada para establecer reglas y principios que las empresas del Estado deben cumplir.

[15] "*Artículo 11.- El plazo de atención de las solicitudes, su cómputo y la subsanación de requisitos*
El plazo a que se refiere el literal b) del Artículo 11 de la Ley, se empezará a computar a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de información a través de los medios establecidos en el primer párrafo del artículo 10 del presente Reglamento, salvo que aquella no cumpla con los requisitos señalados en los literales a), c) y d) del artículo anterior, en cuyo caso, procede la subsanación dentro de los dos días hábiles de comunicada, caso contrario, se considerará como no presentada, procediéndose al archivo de la misma. El plazo antes señalado se empezará a computar a partir de la subsanación del defecto u omisión.
En todo caso, la Entidad deberá solicitar la subsanación en un plazo máximo de dos días hábiles de recibida la solicitud, transcurrido el cual, se entenderá por admitida" (subrayado añadido).

[16] En adelante, Ley N° 27444.

[17] "*Artículo 68.- Suministro de información a las entidades*
68.1. Los administrados están facultados para proporcionar a las entidades la información y documentos vinculados a sus peticiones o reclamos que estimen necesarios para obtener el pronunciamiento".

principio, corresponde que las entidades obligadas interpreten el artículo 11° del Reglamento de la Ley de Transparencia, permitiendo a los solicitantes que puedan presentar otras precisiones que consideren oportunas.

Por consiguiente, este colegiado concluye que debido al correo electrónico de fecha 19 de agosto de 2019, remitido por la solicitante a la entidad, ésta debió tramitar la solicitud de acceso a la información pública, entendiendo que estableció como modalidades de entrega de información tanto el acceso directo al expediente como la entrega de copias simples.

c) En relación a la entrega de la información requerida

Ahora bien, corresponde evaluar si los datos personales tachados por la entidad deben ser entregados a la recurrente. En tanto, según las normas descritas anteriormente, el Principio de Publicidad es aplicable a las empresas del Estado, toda información que se encuentre bajo su posesión en documentos escritos o en cualquier otro formato, es de acceso público, siempre que haya sido elaborada por estas o que se encuentre bajo su poder, y que no esté dentro de las excepciones al derecho de acceso a la información pública.

Respecto a los efectos jurídicos del Principio de Publicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, las obligaciones de las entidades de fundamentar debidamente las denegatorias a las solicitudes de acceso a la información pública y de interpretar de manera restrictiva las causales de excepción: *"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 (STC N.° 02579-2003-HD/TC), de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas"* (subrayado añadido).

Así, conforme al citado criterio constitucional las entidades que deniegan la entrega de información solicitada por la ciudadanía deben fundamentar la base legal de tal denegatoria, el fin legítimo que persiguen, su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad, tal como lo ha expuesto, sobre la base del tratamiento jurídico del derecho de acceso a la información pública en la Constitución Política del Perú y en la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos Jurídicos 29 y 33 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC:

"*De lo antes expuesto, entre otras disposiciones constitucionales, se desprende que las excepciones que puedan ser reguladas por el legislador, para ser válidas deben cumplir las siguientes condiciones: i) deben estar previstas en la ley de forma expresa y estricta, no pudiendo quedar al libre arbitrio de cada entidad de la Administración Pública; ii) deben perseguir objetivos legítimos que estén indesligablemente unidos a la protección de un fin constitucional; iii) deben ser estrictamente necesarias lo que implica además elegir la medida menos restrictiva posible; y iv) deben ser proporcionales con el grado de restricción del derecho de acceso a la información pública, de modo que el grado de ventajas o satisfacción del fin constitucional que se quiere proteger con la excepción sea, por lo menos, mayor que el grado de desventajas o restricción del derecho de acceso a la información pública*".

"(...) De lo expuesto se desprende cómo el derecho fundamental de acceso a la información pública reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, junto a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, conforman el parámetro de constitucionalidad que debe servir para identificar las exigencias constitucionales que se derivan de este derecho, así como las estrictas y únicas excepciones que pueden justificar la limitación del acceso a la información pública. Es conforme a dicho parámetro que la Administración Pública no sólo tiene la obligación constitucional de entregar la información que le soliciten los ciudadanos, salvo las aludidas excepciones, sino además aquella otra de efectivizar, incluso oficiosamente, los principios de publicidad y transparencia respecto de tal información" (subrayado añadido).

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC ha señalado que la obligación de motivar debidamente las denegatorias, verificando el cumplimiento de las condiciones expuestas anteriormente, corresponde a los sujetos pasivos:

"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, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado" (subrayado añadido).

En ese sentido, resulta arbitrario que las entidades sujetas al ámbito de la Ley de Transparencia atribuyan la condición de secreta, reservada o confidencial a documentación bajo su posesión sin que se fundamente que la restricción al derecho de acceso a la información pública cumple con las exigencias derivadas de su tratamiento en la Constitución y en la Ley de Transparencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 33 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC ha referido que:

"Como ya se ha explicado antes y así desprende del respectivo mandato constitucional y legal, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la publicidad de la información financiada por el presupuesto público, de modo que la Administración tiene la obligación de hacer pública tal información. Las excepciones son aquellas expresa y únicamente contenidas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, e incluso dichas excepciones se aplican de modo restrictivo y sólo cuando la Administración ha justificado o motivado su clasificación como secreta, reservada o confidencial. Si no se ha justificado debidamente la respectiva clasificación carece de efectos la sola nominación formal (colocación de sellos con las expresiones "secreto" o "reservado"), debiendo en todo caso ser la última instancia administrativa en materia de transparencia y acceso a la información pública la encargada de examinar si la información calificada de secreta o reservada reviste realmente o no tal carácter" (subrayado añadido).

Además, en caso un documento contenga cierta información protegida por las excepciones de los artículos 15°,16° y 17° de la Ley de Transparencia, esta debe separarse o tacharse, a fin de facilitar la entrega de la información pública que forma parte del documento, conforme lo dispone el artículo 19° de la Ley de Transparencia, que establece: "*[e]n caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento*".

En el presente caso la recurrente ha solicitado las ofertas que las empresas AON Perú Corredores de Seguros y Willis Corredores de Seguros, remitieron a la entidad en su condición de postores en el proceso de selección del corredor corporativo de seguros para las empresas eléctricas bajo el ámbito de FONAFE, convocado por esta institución y en respuesta la entidad permitió el acceso directo a la información requerida tachando determinada información por considerar que se trata de datos personales sujetos a confidencialidad.

Al efectuar la exclusión de los datos tachados, la entidad invocó la excepción de acceso a la información pública contemplada en el numeral 5 del artículo 17° de la ley de Transparencia referido a la protección de los datos personales cuya publicidad constituya una invasión a la intimidad personal y señaló en su escrito de descargo que "*(...) no existe ningún consentimiento expreso de los participantes (incluido Marsh) para el tratamiento de sus datos personales*"; agregó que "*el área poseedora de la información (...) procedió a cautelar los datos que consideró contienen información confidencial, entre los que se encuentran datos personales, a fin de proteger el derecho a la intimidad personal*"; y añadió que "*[s]i bien es cierto que se pudiera cuestionar el criterio utilizado por el área poseedora de la información para la cautela de los datos personales, no es cierto que los documentos a los que se tuvo acceso hayan sido 'tachados, borrados o enmendados' con la finalidad de ocultar información*" (subrayado agregado)

Asimismo, en el Acta de Revisión de Expedientes de fecha 28 de agosto de 2019 señaló que facilitó a la solicitante copias de los expedientes para la designación del corredor de seguros, salvaguardándose los datos personales contenidos en las propuestas.

Por su parte, la recurrente sostuvo que la institución tachó el nombre de los ejecutivos que integraban los Planteles Técnicos propuestos, sus años de experiencia y los nombres de las empresas que emitieron las constancias que acreditaran dicha experiencia. Asimismo, aseveró que se borró el nombre de las personas a favor de las cuales se emitieron las constancias que acreditaban la experiencia de los Planteles Técnicos, así como los currículums vitae de sus integrantes.

En relación a la excepción de datos personales cuya divulgación supone una intervención a la intimidad personal, contemplada en el numeral 5 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, se debe señalar que su base constitucional se encuentra en el inciso 6 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que establece que toda persona tiene derecho a "*(...) que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afectan la intimidad personal y familiar*", así como el numeral 7 del artículo 2° de dicho cuerpo normativo, que reconoce que "*[t]oda persona tiene derecho (...) a la intimidad personal y familiar (...)*".

Sobre la definición de información íntima, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04530-2016-PHD/TC que es aquella que no es de dominio público y que resulta desconocida para la comunidad.

"*Asimismo, no cabe duda de que la vida privada refleja un bien jurídico de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar:*

[...] Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella; sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño (Sentencias 04573-2007-HD/TC, fundamento 11, y 6712- 2005-HC, caso Magaly Medina, fundamento 38).

En consecuencia, la protección de la intimidad implica excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal".

Por otro lado, Landa afirma que la intimidad es un derecho que tutela el ámbito de retiro, de recogimiento y de soledad del individuo, el que es necesario para que desarrolle su personalidad, y que abarca hechos sobre su vida que no desea que sean conocidos[18].

En relación a los alcances de este derecho, Landa explica que comprende dos atributos subjetivos: uno negativo, que consiste en "*(...) excluir del conocimiento de terceros aquellos actos, hechos o ámbitos reservados a nuestra propia persona, en los cuales -estando solos o con nuestro entorno más cercano- desarrollamos libremente nuestra personalidad*" y otro positivo, que permite "*(...) controlar qué aspectos de nuestra privacidad o intimidad pueden ser objeto de conocimiento por parte de los demás, así como la forma en que la misma es expuesta y los límites de dicha exposición, ya que en tanto titulares del derecho, somos los autorizados a establecer qué se difunde o hace de conocimiento de terceros y qué no*"[19].

Teniendo en cuenta el parámetro desarrollado sobre la excepción invocada por la entidad, resulta pertinente examinar si el tachado es conforme o no a lo expuesto.

Sobre el particular, se debe advertir que, respecto a los procedimientos internos de la entidad para la designación de corredores de seguros el "*Lineamiento general para la designación de corredores de seguros en las Empresas bajo el ámbito de FONAFE*", aprobado por la entidad mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 037-2019/DE-FONAFE, señala que "*[l]as*

[18] LANDA ARROYO, César. *Derecho a la intimidad personal y familiar.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017, p. 87.

[19] LANDA ARROYO, César. *Derecho a la intimidad personal y familiar.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 89.

actuaciones de los miembros del comité deberán estar inspiradas en principios como el de transparencia, eficacia y eficiencia" (subrayado añadido). En este marco, de la revisión de las ofertas solicitadas, y conforme consta de la comunicación de subsanación, estas contienen los documentos que los postores debieron presentar de manera obligatoria para cumplir con los requisitos de admisibilidad, de acuerdo al acápite tercero del Capítulo I de las bases del referido concurso[20], para acreditar diversos criterios de puntuación establecidos en el acápite cuarto del referido capítulo de dichas bases.

Entre los documentos de presentación obligatoria se encuentra el documento contenido en el literal h) del acápite tercero de las bases del referido concurso, que trata sobre el Equipo de Ejecutivos asignados por el postor para encargarse de la gestión de los programas de seguros objeto del servicio, compuesto por un Ejecutivo Principal y un Ejecutivo Asistente por programa de seguros, debiendo ambos contar con especialización y experiencia en los riesgos que correspondan, precisando que dichos requisitos deben acreditarse mediante Currículum Vitae (CV) documentado.

Asimismo, los literales k) y l) del mismo acápite establecen que también son documentos de presentación obligatoria para los postores las constancias que acrediten la experiencia de los ejecutivos principales en el manejo de programas de seguros patrimoniales, personales y vehiculares, en las cuales se hayan desempeñado como asesores principales o miembros de los equipos de trabajo.

Por su parte, los literales a) y b) del acápite cuarto de las bases en cuestión indican que los corredores de seguros participantes deben presentar constancias emitidas por clientes suyos que acrediten la calidad del servicio recibido en la gestión de sus programas de seguros, y que evidencien su experiencia en la prestación de servicios de asesoría y/o administración de pólizas de seguros patrimoniales en empresas privadas, entidades y/o empresas del Estado vinculadas al rubro electricidad del sector energía, a efectos de cumplir con los criterios de puntuación en la calificación de sus propuestas.

Además, el literal c) del acápite cuarto de las bases en mención indica que los postores deben proporcionar constancias de prestación de servicio que evidencien la experiencia de los Ejecutivos Principales y de los Ejecutivos Asistentes, con el propósito de aplicarse los criterios de puntuación.

Tal como se observa, la información contenida en las constancias que acreditan la experiencia laboral y la calidad de los servicios prestados por los ejecutivos (nombre del ejecutivo, tipo de trabajo realizado, tiempo de servicios entre otros) así como los datos de contacto de las personas o empresas emisoras de dichas constancias son presentadas voluntariamente por los postores y sus equipos técnicos para cumplir con los requisitos de admisibilidad y criterios de puntuación de un concurso de designación sujeto al Principio de Publicidad, lo que evidencia que los propios ejecutivos aceptan someter determinados datos relacionados a su trayectoria profesional a dicho principio, de modo que es inadmisible que estos puedan ser materia de protección argumentando el derecho a la intimidad, pues precisamente los técnicos, en

[20] El Capítulo I de las bases del concurso en cuestión lleva por nombre: "*Instrucciones a los participantes*". Se halla disponible en: https://www.fonafe.gob.pe/pw_content/miscelanea/1/Doc/bases.doc.

uso de sus atributos y libertades, deciden participar en un concurso convocado por un sujeto obligado por el derecho de acceso a la información pública.

En particular, las constancias proporcionadas al Comité de Designación del Corredor de Seguros son expedidas por el emisor para precisamente dejar constancia del servicio recibido y sus datos permiten verificar la autenticidad del documento y corroborar el servicio prestado por el ejecutivo a cuyo nombre se emite la constancia y de otro lado al haber sido presentados en un concurso público son objeto de fiscalización permitiendo dichos datos verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el concurso.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, señaló que los ciudadanos deben tener conocimiento de los documentos que el Estado evalúa para contratar los servicios de una persona, "*(...) tales como el área o sección en la que la persona ha desempeñado funciones en la Administración Pública; la modalidad contractual a través de la cual se la ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacidades realizadas*" (subrayado añadido).

De igual manera, se debe reconocer que los ciudadanos tienen derecho a supervisar la actuación del Comité de Designación del Corredor de Seguros, que llevó a cabo el proceso de selección en mención, y que debió elegir la opción más beneficiosa para las empresas bajo el ámbito de FONAFE, lo cual es conforme con la obligación de los sujetos obligados de publicar de manera oficiosa y detallada la documentación relativa a las contrataciones de bienes y servicios que realizan. De acuerdo al Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 8 de su sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-HD/TC, "*[u]no de los elementos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho es la capacidad fiscalizadora por parte de la población, a fin de controlar a los funcionarios y servidores públicos. Esta idea central o nuclear del sistema democrático viene aparejada con el principio de publicidad (...)*".

Considerando que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la publicidad, se advierte de la revisión del expediente que la entidad no sustentó adecuadamente, y según los parámetros antes referidos, la exclusión de los datos personales tachados ya que omitió señalar en qué medida la divulgación de los datos personales de los ejecutivos propuestos y de las empresas que emitieron constancias, vulneraría su intimidad personal, así como la idoneidad y necesidad de la medida adoptada para proteger dicho interés.

Sin embargo, en virtud del artículo 19° de la Ley de Transparencia, corresponde que la entidad tache los datos personales que no evidencien la idoneidad de los técnicos asignados por los postores para el servicio a ser contratado por la entidad, tales como sus datos de contacto contenidos en sus currículums vitae, es decir, su dirección electrónica personal, su número de teléfono personal y su dirección domiciliaria, entre otros datos.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente disponiendo que la entidad entregue las ofertas que las empresas AON Perú Corredores de Seguros y Willis Corredores de Seguros remitieron a la entidad en su condición de postores en el proceso de selección referido, debiendo tachar solamente los datos de contacto contenidos en los currículos vitae de los ejecutivos asignados por los postores como el correo electrónico personal, fax, teléfono personal, dirección domiciliaria, entre otros.

Finalmente, es pertinente indicar que, de conformidad con los artículos 30° y 35° del Reglamento de la Ley de Transparencia, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° y el numeral 1 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1353;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO en parte el recurso de apelación presentado por **MARSH REHDER CORREDORES DE SEGUROS,** representado por Juan Carlos Rizo-Patrón Leguía, contra el Acta de Revisión de Expedientes de fecha 28 de agosto de 2019, emitido por el **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO – FONAFE**; y, en consecuencia, ordenar a esta entidad la entrega de los documentos contenidos en las ofertas que las empresas AON Perú Corredores de Seguros y Willis Corredores de Seguros le remitieron en su condición de postores en el proceso de selección del corredor corporativo de seguros para las empresas eléctricas bajo el ámbito de FONAFE, tanto en acceso directo como en copias simples, debiendo tachar únicamente los datos de contacto contenidos en los currículums vitae de los ejecutivos asignados por los participantes para encargarse de la gestión de los programas de seguros.

Artículo 2.- SOLICITAR al **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO – FONAFE** 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 Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MARSH REHDER CORREDORES DE SEGUROS,** representado por Juan Carlos Rizo-Patrón Leguía, y al **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO – FONAFE.**

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

MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta

PEDRO CHILET PAZ
Vocal

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: mrmm/ttaip17