



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 000898-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00648-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **CHRISTIAN HOMERO LENGUA BRAVO**
Entidad : **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL S.A.**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 18 de mayo de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 00648-2021-JUS/TTAIP de fecha 26 de marzo de 2021, interpuesto por **CHRISTIAN HOMERO LENGUA BRAVO** contra la Carta N° 113-2020-ESG de fecha 10 de marzo de 2021¹ mediante la cual el **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL S.A.**² denegó su solicitud de acceso a la información pública de fecha 24 de febrero de 2021 con registro N° 18839-2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 24 de febrero de 2021 el recurrente solicitó copia de lo siguiente: *“Información del contrato de prestación de servicios N° 058-2021 SEDAPAL Concurso Público N° 0029- 2020 -ITEM 5. 1- Documentación que entrega la contratista de la cláusula sexta del contrato. 2- Relación de unidades que iniciaron el servicio. 3- Copia de las fichas de inspección de las unidades que iniciaron el servicio. 4- copia del Acta de Inicio.”*

A través de la Carta N° 113-2021-ESG, de fecha 10 de marzo de 2021, que remite el Memorando N° 282- 2021-EAC, mediante el cual la entidad señala: *“(…) en su párrafo segundo lo siguiente referente a lo solicitado es pertinente señalar que el inciso 2 del artículo 17 de la ley de transparencia Establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto información protegida por el secreto bancario tributario comercial Industrial tecnológico y bursátil. En tal sentido este despacho considera que la información solicitada se encuentra dentro del ámbito de las actividades comerciales de la empresa contratista. Más aún si dicha información se encuentra protegida en mérito a la cláusula de confidencialidad del contrato conforme a la normativa aplicable, por lo que no es posible brindar la información que no se encuentra calificada como pública. En consecuencia, no es factible atender lo solicitado por el Sr. Cristian Homero Lengua Bravo.”*

¹ Que contiene el Memorando 282-2021-EAC.

² En adelante, SEDAPAL.

Con fecha 25 de marzo de 2021 la recurrente interpuso ante SEDAPAL el recurso de apelación materia de análisis, alegando que el artículo 15 de la Ley de Transparencia establece excepciones al ejercicio del derecho, sin embargo la información que ha solicitado no se encuentra dentro de los supuestos de excepción, asimismo refiere que el equipo de administración y conservación señala que la información solicitada se encuentra protegido en mérito a la cláusula de confidencialidad del contrato conforme a la normativa aplicable por lo que no es posible brindar información, sin embargo no se indica que en qué artículo, numeral, literal, acápite, párrafo del contenido de dicha cláusula de confidencialidad se encuentra establecida la protección de la información solicitada, por tanto en el Memorando N°. 282-2021-EAC remitido mediante la Carta N°. 113-2021-ESGno sustenta por qué y cómo la información solicitada Se encuadra en las excepciones previstas en la ley de Transparencia

Mediante la Resolución 000898-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA³, se admitió a trámite el citado recurso de apelación, requiriendo a la entidad la presentación de los descargos correspondientes.

Con fecha 13 de mayo de 2021 SEDAPAL mediante Carta N° 208-2021-ESG, hace mención que mediante Carta N° 039-2021-ECI, remitió el expediente administrativo, sin mencionar descargo alguno.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

A su vez, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS⁴, establece que por el principio de publicidad 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 de dicho principio.

Por su parte, el artículo 10 de la citada ley 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 artículo 13 de la Ley de Transparencia, modificada 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 Intereses⁵, refiere 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.

De otro lado, el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de "(...) *La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial,*

³ Resolución del 4 de mayo de 2021, notificada a la entidad con fecha 7 de mayo de 2021.

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

⁵ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente”.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 18 de la referida 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 por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente es de naturaleza confidencial exceptuada del derecho de acceso a la información pública, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Conforme con lo dispuesto por las normas citadas 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.

Con relación a dicho principio, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-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 (STC N.º 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”.*

Por otro lado, en el último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, dicho colegiado ha señalado que corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano, debido a que posee la carga de la prueba:

“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 nuestro).

En el caso de autos el recurrente solicitó información respecto al contrato de prestación de servicios N° 058-2021 SEDAPAL Concurso Público N° 0029- 2020 - ITEM, con el detalle de su solicitud.

La entidad en su respuesta deniega la entrega de la información invocando el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia referida a que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto información protegida por el secreto bancario tributario comercial Industrial tecnológico y bursátil, y que ello se encuentra dentro de las actividades comerciales de la contratista, además señala que la información se encuentra protegida en mérito a la cláusula de confidencialidad del contrato conforme a la normativa aplicable.

En principio se advierte una incongruencia en la respuesta al recurrente puesto que la entidad no refiere la causal de excepción en forma completa, además indica que se trata del secreto comercial, no de SEDAPAL, sino de la empresa contratista, no obstante que la información ha sido solicitada a SEDAPAL.

En ese sentido, se aprecia que la entidad se ha limitado a mencionar la existencia de dicho supuesto de excepción, omitiendo motivar, fundamentar y acreditar que la documentación solicitada califica como secreto comercial, siendo insuficiente su solo dicho para otorgarle el carácter confidencial, incumpliendo con el criterio expuesto por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, el cual precisa:

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

Asimismo, en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, dicho colegiado indicó que se requiere brindar una “motivación cualificada”:

“Al no haberse fundamentado aunque sea mínimamente, las razones por las cuales el derecho a la privacidad de don Humberto Elías Rossi Salinas Rossi Salinas justificaría que dicha información se mantenga en reserva, es evidente que el proceder del ad quem ha sido arbitrario más aún si se tiene en consideración en virtud del mencionado principio de máxima divulgación, que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas”. (subrayado agregado)

En tal sentido, la entidad no ha cumplido con los criterios establecidos en las sentencias mencionadas para negar el acceso a la información requerida por el recurrente, puesto que únicamente invocó la existencia de una excepción contemplada en la Ley de Transparencia, pero no ha probado de modo razonable de que forma entregar la información afecta o pone en riesgo un derecho fundamental y que ésta resulta mayor que restringir el derecho de acceso a la información pública del recurrente.

Sin perjuicio de ello, debemos indicar que correspondía que la entidad evalúe si dicha información corresponde a un secreto comercial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Decreto Supremo N°. 060-2019-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que establece la valoración que debe efectuar el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual⁶, para calificar como confidencial a la información protegida por el secreto comercial, conforme el siguiente texto:

⁶ En adelante, INDECOPI.

“Artículo 35.- Información confidencial.-

35.1. A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial será concedida, siempre que:

a) Dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;

b) Quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,

c) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial (...). (subrayado agregado)

En la misma línea, se encuentra lo dispuesto por el INDECOPI en los “Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia”, aprobado por Resolución N° 027-2013-CLC-INDECOPI, en la cual se señalan determinados lineamientos relacionados con el citado artículo 32°, conforme a lo siguiente:

“8. De acuerdo a lo anterior, la Comisión considera que los requisitos aplicables a las solicitudes de confidencialidad pueden organizarse de la siguiente manera:

i. Que la información sea pertinente (...)

ii. Que el administrado precise la información que considera confidencial

Para cumplir este requisito, el administrado deberá identificar de manera precisa la información que considera confidencial. En ese sentido, el administrado no deberá solicitar de manera general la confidencialidad de la información presentada. (...)

iii. Que el administrado señale las razones que justifican su solicitud

(...)

iv. Que el administrado presente un resumen no confidencial (...)

v. Que la información no haya sido divulgada (...)

vi. Que la información tenga carácter confidencial o valor comercial o que su divulgación pueda causar una eventual afectación (...)

Se considera secreto comercial y secreto industrial a aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad económica de la empresa la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a ella. Por ejemplo, constituye secreto comercial la información relativa a la estrategia competitiva, la estructura de costos, los términos de negociación y las condiciones contractuales acordadas, entre otros. Por su parte, constituye secreto industrial aquella información referida a la descripción detallada de los insumos o fórmulas y del proceso productivo, entre otros”.

Siendo así, es necesario indicar que la entidad no ha precisado cuál sería la información confidencial que está protegida por el secreto comercial, menos aún cuál sería el valor comercial o la afectación que podría producir su divulgación; asimismo refiere que la información se encuentra protegida en mérito a la cláusula de confidencialidad del contrato conforme a la normativa aplicable, sin indicar que normativa es la aplicable aparte de la excepción por secreto comercial desestimada.

En consecuencia, al no haber justificado la entidad el apremiante interés público para negar el acceso a la información, así como al no haber motivado de manera cualificada en atención al carácter restrictivo de la excepción invocada, corresponde que la entidad entregue la información solicitada por el recurrente.

Finalmente, en virtud a lo establecido por el artículo 35 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.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Por los considerandos expuestos y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación N° 00648-2021-JUS/TTAIP de fecha 26 de marzo de 2021, interpuesto por **CHRISTIAN HOMERO LENGUA BRAVO**; en consecuencia, **ORDENAR** al **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL S.A.** que entregue la información pública solicitada por el recurrente, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

Artículo 2.- SOLICITAR al **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL S.A.** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **CHRISTIAN HOMERO LENGUA BRAVO**, o comunique de forma clara, precisa y veraz su inexistencia.

Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **CHRISTIAN HOMERO LENGUA BRAVO** y al **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL S.A.**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

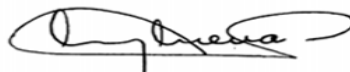
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp:pcp/cmn