



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 001347-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01002-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET**
Entidad : **PETRO PERU S.A.**
Sumilla : Declara Fundado el Recurso de Apelación

Miraflores, 25 de junio de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 01002-2021-JUS/TTAIP de fecha 11 de mayo de 2021, interpuesto por **CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET** contra el correo de fecha 21 de abril de 2021, mediante el cual el **PETRO PERU S.A.** denegó su solicitud de acceso a la información pública de fecha 8 de abril de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 8 de abril de 2021 el recurrente solicitó lo siguiente: *“1. Copia de Contrato de operación de los terminales del norte y del sur de PETROPERU con las empresas Graña y Montero Petrolera SA y Oiltanking Perú SAC, conformantes de Consorcio Terminales, y de sus adendas hasta la fecha. 2. Copia de Contrato de operación de los terminales del centro y del norte de PETROPERU con las mismas empresas Graña y Montero Petrolera S.A. y Oiltanking Perú SAC, conformantes de Terminales del Perú, y de sus adendas hasta la fecha. 3. Copia de la auditoría de finalización del contrato referido en el numeral 1, así como del documento parcial y/o final, de ser el caso, que refleje situación actual de liquidación de adeudos entre las partes, teniendo en cuenta datos e importes sobre inversiones en adicionales durante 2020 (ya culminado el plazo del contrato en noviembre 2019) y supuesto adeudo millonario de vuestra empresa en su favor, según consta en los Estados Financieros informados por Aenza S.A.A. a la SMV, próximos a aprobarse en la JOA de fines de mes en curso.”*

Mediante correo electrónico de fecha 21 de abril de 2021 la entidad señala que no es posible la entrega de la información solicitada por ser información sensible de índole comercial, estratégico y parte de una estrategia de defensa para PETROPERÚ, de acuerdo a lo señalado en el numeral 2 y 4 del artículo 17° del T.U.O de la Ley de Transparencia, precisando que respecto a lo establecido en el numeral 2 está referido al secreto comercial conforme a la quinta disposición complementaria, transitoria y modificatoria del Decreto Legislativo N° 1031, Decreto que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, así como la Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI; precisando que respecto a los primeros pedidos el contrato entre la entidad y el Consorcio Terminales del Perú, esta vigente y éste contrato contiene información de carácter técnico

y de negocios, el cual posee un valor comercial potencial y de carácter estratégico para la entidad cuya divulgación podría ocasionarles un perjuicio para la empresa por la pérdida de la oportunidad del negocio y la posibilidad de beneficiar a posibles competidores, asimismo señala que el contrato se ha celebrado con una empresa privada y adicionalmente se establecen condiciones comerciales aplicables entre el operador y los diversos usuarios de los terminales (relación empresa privada – empresa privada).

Con fecha 11 de mayo de 2021 el recurrente interpone ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando que: *“las copias de los contratos y adendas solicitadas se refieren a contrataciones estatales derivadas inicialmente de procesos de concursos públicos, que de manera alguna pueden calificar como “secretos” de cualquier tipo y menos aún constituyen “información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados (...) o de cualquier información protegida por el secreto profesional”. En el peor de los casos, aceptaría que, de estimar que el sustento proporcionado es legal, se testen o excluyan únicamente las informaciones con tarifas específicas de los servicios de recepción almacenamiento y despacho de combustibles, pero que de ninguna manera el íntegro de las cláusulas de los contratos y adendas a la fecha solicitadas, que vengo investigando para distintos fines legales. De otra parte con relación al resto de la información solicitada esto es los documentos de la auditoría técnico legal de finalización del contrato, cabe indicar que según sus propias estipulaciones iniciales, se trata de un servicio contratado conjuntamente por ambas partes que debió concluirse hace ya buen tiempo, considerando que el plazo del contrato con las empresas conformantes del consorcio denominado Consorcio Terminales, que se inició en el año 1998 concluyó en los años 2013/2014 respecto a los Terminales del Norte, y a inicios de noviembre del 2019 a los Terminales del Sur como es de público conocimiento, más aun considerando la también información pública referida en mi solicitud respecto a la empresa matriz y a la vez gerente general de la empresa GMP en especial contexto actual (...)”.*



Mediante la Resolución 001239-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos.



Mediante escrito de fecha 22 de junio de 2021, la entidad presenta ante esta instancia un escrito solicitando: *“(...) se sirva concedernos un plazo adicional de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación de la comunicación que concede la ampliación del plazo solicitado, con la finalidad que podamos ejercer adecuadamente nuestro Derecho a la Defensa y cumplir con atender el requerimiento de información (...)”.*



Mediante Carta N° IYT-0057-2021 remitida por la entidad ante esta instancia con fecha 22 de junio de 2021 por correo electrónico y con fecha 23 de junio de 2021 adjuntando el expediente administrativo y sus descargos señalando que con fecha 21 de abril de 2021, comunicó la denegatoria de entrega de la información solicitada, por ser información sensible de índole comercial, estratégico y parte de una estrategia de defensa para PETROPERÚ, de acuerdo a lo señalado en el numeral 2 y 4 del artículo 17° del T.U.O de la Ley de Transparencia, asimismo indica que: *“(...) se ha solicitado a la Gerencia poseedora de la información revalúe la información solicitada, y de ser el caso pueda disociar la información confidencial y permitir el acceso a la parte pública, por lo que estamos a la espera de dicho análisis, a fin de proceder a comunicarnos con el ciudadano y recibir su conformidad. (...)”.*

¹ Resolución de fecha 11 de junio de 2021, notificada a la entidad el 16 de junio de 2021.

Con Carta N° 000060-2021-IYT presentada ante esta instancia con fecha 24 de junio de 2021, la entidad señala que “(...) en atención a los Lineamientos Resolutivos emitidos por su despacho, y con la finalidad que se aplique la sustracción de la materia, indicamos que a la fecha se vienen haciendo todos los esfuerzos y coordinaciones, a fin de reevaluar la información solicitada, no obstante, no ha sido posible concluir la misma, debido a la voluminosidad y antigüedad de la información, así como la falta del soporte tecnológico adecuados, todo ello en el marco del contexto actual (COVID-19) bajo modalidad remoto, por lo que no ha sido posible comunicarnos con el Sr. Peña Perret, a fin de brindarle algún alcance de su pedido (...)”.

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-JUS², 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.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Transparencia señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

 Cabe anotar que el tercer párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo, establece que la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido; asimismo, el cuarto párrafo de la misma norma señala que esta Ley no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean.

 Respecto a las excepciones al derecho de acceso a la información pública, 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, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente”.

 De otro lado, el numeral 4 del artículo 17 de la norma antes citada señala que es información confidencial “La información 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, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso”.

² En adelante, Ley de Transparencia.

Por su parte, 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 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 requerida no se encuentra en poder de la entidad y/o esta se encuentra comprendida en la excepción contemplada en los numerales 2 y 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Sobre la ampliación de plazo solicitada

La entidad ha solicitado se le conceda un plazo adicional de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación de la comunicación que concede la ampliación del plazo solicitado, con la finalidad que pueda ejercer adecuadamente su Derecho a la Defensa y cumplir con atender el requerimiento de información.”

Al respecto, conforme al numeral 147.2 del artículo 147 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS³, “[l]a autoridad competente puede otorgar prórroga a los plazos establecidos para la actuación de pruebas o para la emisión de informes o dictámenes, cuando así lo soliciten antes de su vencimiento los administrados o los funcionarios, respectivamente” (subrayado agregado). De esta norma se desprende que la prórroga es una facultad de la autoridad competente para resolver, la que, por lo mismo, debe ser ejercida con la justificación adecuada.

En dicha línea, este Tribunal aprecia que la entidad no ha indicado de qué forma afecta el plazo otorgado para la atención del requerimiento de remisión del expediente administrativo y sus descargos, no bastando la mera invocación de del artículo 147° de la Ley N° 27444 para justificar el pedido de prórroga del plazo concedido.

Además, tratándose de un expediente de año 2021, presentado por medio electrónico, y estando a que se le dio respuesta al recurrente se tiene que la entidad cuenta con los medios para atender el requerimiento efectuado.

Por otro lado, es necesario indicar que el procedimiento para la resolución del recurso de apelación seguido ante esta instancia tiene la característica de celeridad, conforme a la normativa de Transparencia, no encontrándose prevista la existencia de un plazo de prórroga para resolver los recursos de apelación por parte de este colegiado.

En consecuencia, no corresponde conceder la prórroga del plazo de cuatro (4) días hábiles establecido en la Resolución 001239-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA para la formulación de los descargos.

³ En adelante, Ley N° 27444.

Sobre el fondo del recurso de apelación

Conforme con lo dispuesto por las normas citadas, 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 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”*.

Sobre el particular, toda documentación que obra en el archivo o dominio estatal es de carácter público para conocimiento de la ciudadanía por ser de interés general, conforme lo ha subrayado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4865-2013-PHD/TC, al indicar lo siguiente:

“La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos”

Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que consagra expresamente el Principio de Publicidad, establece que *“Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”*. Es decir, establece como regla general la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción.

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

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

Dentro de ese contexto, el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, en tal sentido, efectuando una interpretación *contrario sensu*, es perfectamente válido inferir que la administración pública tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella que se encuentra obligada a contar.

En ese sentido cabe señalar, que el acceso a la documentación en poder de las entidades públicas es la regla, mientras que la reserva es la excepción, conforme al razonamiento expuesto por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05812-2006-HD/TC, en el que señala que:

“(...) un Estado social y democrático de Derecho se basa en el principio de publicidad (artículo 39° y 40° de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. Excepcionalmente el acceso a dicha información puede ser restringido siempre que se trate de tutelar otros bienes constitucionales, pero ello debe ser realizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. (Subrayado agregado)

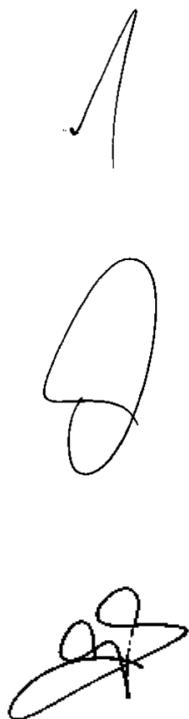
Por ello, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, señala la obligación de motivar debidamente las denegatorias, verificando el cumplimiento de las condiciones expuestas anteriormente, corresponde a las entidades públicas.

“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).

Sobre el particular, en el presente caso se aprecia que el recurrente solicitó: “(...)1. Copia de Contrato de operación de los terminales del norte y del sur de PETROPERU con las empresas Graña y Montero Petrolera SA y Oiltanking Perú SAC, conformantes de Consorcio Terminales, y de sus adendas hasta la fecha. 2. Copia de Contrato de operación de los terminales del centro y del norte de PETROPERU con las mismas empresas Graña y Montero Petrolera S.A. y Oiltanking Perú SAC, conformantes de Terminales del Perú, y de sus adendas hasta la fecha. 3. Copia de la auditoría de finalización del contrato referido en el numeral 1, así como del documento parcial y/o final, de ser el caso, que refleje situación actual de liquidación de adeudos entre las partes, teniendo en cuenta datos e importes sobre inversiones en adicionales durante 2020 (ya culminado el plazo del contrato en noviembre 2019) y supuesto adeudo millonario de vuestra empresa en su favor, según consta en los Estados Financieros informados por Aenza SAA a la SMV, próximos a aprobarse en la JOA de fines de mes en curso.”;

Mediante correo de fecha 21 de abril de 2021, la entidad responde que no era posible la entrega de la información solicitada por ser información sensible de índole comercial, estratégico y parte de una estrategia de defensa para PETROPERÚ, de acuerdo a lo señalado en el numeral 2 y 4 del artículo 17° del T.U.O de la Ley de Transparencia; además señala que: “(...) respecto a los secretos empresariales han sido definidos como “cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, Industrial o comercial”. En esa línea de acuerdo a lo señalado en la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria Modificatoria Del Decreto Legislativo 1031-

Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, en la que se define información Confidencial, en el sentido que “ (...) comprende, entre otros, al secreto comercial el cual deberá entenderse como toda aquella información tangible o intangible susceptible de ser usada en negocios, industrias o práctica profesional que no sea de conocimiento general, así como aquella información cuya divulgación puede ocasionar un perjuicio a la empresa. Esta información puede ser de carácter técnico, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos fórmulas, programas, planes de comercialización, información de investigación y desarrollo, estudios, planes especiales de precios o cualquier otra información que se encuentra sujeta a un esfuerzo razonable para ser protegida (...)” De otro lado de acuerdo a los lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial aprobados mediante Resolución N° 001-2001LIN-CCD/INDECOPI, se indica que para una información sea considerada secreto comercial, debe darse las siguientes condiciones i) verificarse la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades y cuestiones similares; ii) que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros. iii) que dicho secreto recaiga sobre procedimientos o experiencias industriales o comerciales, o esté o está relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa, (iv) que los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado adoptando las medidas necesarias para ello. y (v) que la información tengo “un valor comercial efectivo potencial en el sentido de su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica y competitiva sobre aquellos que no la posea o no la conocen”.. Conforme a lo expuesto podría constituir secreto comercial cualquier tipo de información sea técnica, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, especificaciones de productos, dibujos, planes de comercialización, lista de clientes, programas de computadoras, información de investigación y desarrollo, planes especiales de precio, información sobre costos o cualquier otro información confidencial, siempre que se cumpla con los requisitos a los cuales se ha hecho referencia en los párrafos precedentes. En el caso solicitado se indica que respecto a los primeros pedidos que el contrato entre PETROPERU S.A.C.y el consorcio terminales del Perú (Graña y Montero Petrolero S..A y Oiltanking Perú S.A.C.) para los terminales Norte y centro está vigente. Este contrato contiene información de carácter técnico y de negocios, el cual posee un valor comercial potencial y de carácter estratégico para PETROPERU S.A. cuya divulgación podría ocasionar un perjuicio para la empresa por la pérdida de la oportunidad de negocio y la posibilidad de beneficiar a posibles competidores Asimismo los contratos de operación es un acuerdo entre PETROPERU y el Consorcio Terminales del Perú Operador (empresa privada) y adicionalmente se establecen condiciones comerciales aplicables entre el operador y los diversos usuarios de los terminales (relación empresa privada - empresa Privada). **De otro lado respecto a la solicitud del contrato de operación en los términos sur y los documentos de finalización del contrato**, mencionamos que los documentos solicitados aún se encuentran en etapa de análisis por parte de PETROPERÚ y levantamiento de observaciones por parte del Consorcio Terminales respecto al reconocimiento de montos de trabajos no ejecutados observados, por lo que no se cuenta con el documento oficial final. En ese sentido de acuerdo a lo señalado en la normativa expuesta, la Política Corporativa de Transparencia de PETROPERÚ y la normativa de Transparencia y Acceso a la Información Pública vigente aprobado por Decreto Supremo N° 21 -2019-JUS y de los puntos mencionados en los párrafos anteriores, se indica que se mantiene la calificación de información solicitada como secreto comercial y estratégico dado que podría causar daño sustancial a Petroperú, considerando que a la fecha nos encontramos en la etapa de negociación y cierre de documentación de los diversos aspectos derivados de las auditorías de fin de



contrato que incluyen todos los documentos y actuado durante la vigencia del contrato de más de 22 años de duración, por lo que esta información será utilizada ante una posible controversia al cierre de las negociaciones, por ello se indica que la información requerida califica como información confidencial, protegida de conformidad con lo establecido en los numerales 2) y 4) del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.

Argumentos que fueron ratificados por la entidad en los descargos presentados ante esta instancia mediante Carta N° IYT-0057-2021 de fecha 22 de junio de 2020 agregando que: “se ha solicitado a la Gerencia poseedora de la información revalúe la información solicitada, y de ser el caso pueda disociar la información confidencial y permitir el acceso a la parte pública, por lo que estamos a la espera de dicho análisis, a fin de proceder a comunicarnos con el ciudadano y recibir su conformidad”.

Ahora bien, en cuanto a la denegatoria de la entidad de proporcionar la información solicitada es importante resaltar lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03598-2011-PHD/TC en la que precisa lo siguiente:

“6. Por otra parte, el artículo 13° de la Ley 27806, en su tercer párrafo dispone lo siguiente: ‘La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada. Esta Ley tampoco permite que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean’.

Sobre esto último, cabe precisar que la Administración Pública excepcionalmente puede dar respuesta a los pedidos de información pública a través de la elaboración de documentos que consignen la información solicitada citando su origen, sin emitir valoraciones ni juicios sobre el contenido del pedido, sin que ello suponga la creación de la información solicitada, ni contravención alguna al artículo 13° de la Ley 27806”.



Siendo esto así, la información solicitada por el recurrente no contraviene lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, puesto que la entidad a efectos de dar la respuesta correspondiente, puede proceder excepcionalmente a elaborar un documento que consigne la información solicitada, sin emitir juicios ni valoraciones, sin que ello implique una contravención al artículo 13 invocado por la entidad, conforme a los parámetros expuestos en la jurisprudencia antes citada, mas aun si la entidad no ha negado que posea o la existencia de la información solicitada.



a) En cuanto a la excepción contenida en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Sobre el particular, la entidad ha señalado que la documentación requerida se encuentra protegida por el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, alegando la existencia de información confidencial en la modalidad de “secreto comercial”.



En cuanto a ello, partiendo de la premisa de la Presunción de Publicidad detallada en los párrafos precedentes, corresponde tener en consideración lo señalado por el

Tribunal Constitucional en el Fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01956-2016-PHD/TC:

“15. Sin embargo, el rechazo en la entrega de la información requerida en los que se alegue que constituye información confidencial debe necesariamente justificar razonablemente cuál es el fundamento de su confidencialidad; de no ser así, no podría justificarse una respuesta negativa, como ocurrió en el caso de autos. En efecto, no es suficiente alegar que determinada información es confidencial o reservada, sino que corresponde motivar ello y que los argumentos sean razonables coherentes”.

Siendo esto así, no basta que las entidades aleguen, con el solo dicho, que determinada documentación constituye un “secreto comercial” exceptuado de su publicidad, sin haber motivado de manera coherente en los hechos y en los respectivos fundamentos de derecho, a qué tipo de información confidencial se refiere la excepción, cuáles son las características particulares que sin entrar al detalle, determinan que el contenido de lo requerido encaje en la definición normativa vigente del “secreto comercial”, de modo que esta instancia pueda realizar una evaluación respecto de la aplicación de la excepción invocada.

En efecto, el concepto del “secreto comercial” no puede ser definido al libre albedrío o discrecionalidad de las entidades, ni tampoco se explica que todos los documentos relacionados con una determinada negociación constituya “secreto comercial” pues incluso en un contrato existe información que de ninguna forma califica como secreto comercial, como ocurre, por ejemplo, con los datos de las partes contratantes, obligaciones y contraprestaciones asumidas, plazo de ejecución, costos, penalidades u otros aspectos de contenido general.

En tal sentido, la entidad no solo tiene el deber de motivar la denegatoria de entrega de determinada información en el derecho aplicable, esto es, señalar los artículos de una ley, sino también tiene la carga de la prueba para acreditar que cierta documentación cumple con los requisitos o exigencias normativas para calificar su confidencialidad o reserva, conforme lo recogen los Fundamentos 13 y 15 de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 2579-2003-HD/TC y N 01956-2016-PHD/TC, respectivamente.

Dicho esto, es pertinente desarrollar el concepto o definición del “secreto comercial” al que alude la entidad, para lo cual se debe traer a colación el numeral 40.2 del artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece que se declarará la reserva de la información protegida por el secreto comercial, entre otros supuestos, los siguientes:

(...)

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”.

Asimismo, el artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, establece requisitos similares:

“Artículo 35.- Información confidencial

35.1. A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Secretaría Técnica o 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”.*

Adicionalmente a ello, de manera referencial, se puede citar la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Modificatoria del Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1031, el cual define al secreto comercial de la siguiente manera:

“(…)

QUINTA.- Transparencia y acceso a la información pública

La información confidencial de las Empresas del Estado comprende, entre otros, al secreto comercial, el cual deberá entenderse como toda aquella información tangible o intangible susceptible de ser usada en negocios, industria o práctica profesional que no sea de conocimiento general, así como aquella información cuya divulgación puede ocasionar un perjuicio a la empresa. Esta información puede ser de carácter técnico, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, planes de comercialización, información de investigación y desarrollo, estudios, planes especiales de precios o cualquier otra información que se encuentre sujeta a un esfuerzo razonable para ser protegida, que recaiga sobre un objeto determinado y que tenga un valor comercial por el hecho de mantenerse en secreto” (subrayado nuestro).

Conforme se aprecia de la citada normativa, existen determinadas condiciones y requisitos que deben cumplirse para determinar en qué casos estamos frente a un “secreto comercial”, siendo evidente que en el presente caso la entidad ha omitido sustentar que este tipo de información haya sido incorporada en los contratos o documentos requeridos, no obstante que es su responsabilidad.

Cabe anotar, adicionalmente, que en el supuesto que la entidad hubiera expuesto claramente que cierta información califica como “*secreto comercial*” y por ello mantener su confidencialidad, ello no justifica la denegatoria del íntegro de los documentos requeridos, conforme ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional en los Fundamentos del 6 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, en los que evalúa el supuesto de documentación que incluye información pública así como información confidencial, en la que precisa que es posible tachar éstos últimos y así garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

“6. De autos se advierte que la ficha personal requerida contiene tanto información de carácter privado como información de carácter público. En efecto, mientras que la información de carácter privado se refiere a datos de individualización y contacto de sujeto a quien pertenece la ficha personal; la información de carácter público contenida en el referido documento abarca datos que fueron relevantes para contratarla, 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 le ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas.”

7. No solamente no existe razón para limitar la entrega de información referida a las cualificaciones relevantes que fueron decisivas para la contratación de un empleado en la Administración Pública, sino que, hacerlo, desincentivar la participación ciudadana en la fiscalización de la idoneidad del personal que ingresa a ella.

8. Al respecto, no puede soslayarse que la ciudadanía tiene interés en contar con personal cualificado en la Administración Pública, por lo que impedirle el acceso a información relativa a las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en dicha Administración Pública, no tiene sentido. En todo caso, la sola existencia de información de carácter privado dentro de un documento donde también existe información de carácter público no justifica de ninguna manera negar, a rajatabla, su difusión.”

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

Conforme se puede apreciar de la mencionada sentencia, incluso en el supuesto de que exista información protegida por una excepción contemplada en la Ley de Transparencia, es perfectamente viable que se proceda a entregar la documentación pública solicitada, procediendo a tachar la información que se encuentre protegida, garantizando el derecho que le asiste al recurrente para acceder a la información pública solicitada.

b) En cuanto a la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Que, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, establece textualmente que constituye una excepción al derecho de acceso a la información pública, “*La información 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, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso”.

Conforme se advierte del citado texto, la referida excepción exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. La existencia de cierta información que ha sido creada o se encuentra en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis, recomendaciones, entre otros.
2. Que la información haya sido elaborada u obtenida por los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;
3. Que la información corresponde a una estrategia de defensa de la entidad; y,
4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

En esa línea, es pertinente reiterar lo expresado en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, citado en los párrafos precedentes, respecto de *“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”.*

En cuanto al primer requisito, el mismo se satisface por la existencia de un documento que haya sido creado o se encuentre en posesión de la entidad, en el cual se encuentren análisis, recomendaciones o sugerencias que puedan configurar o ayuden a configurar la estrategia que vaya a adoptar la entidad en el seno de un procedimiento administrativo o judicial.

Asimismo, dicha información no debe haber sido elaborada u obtenida por cualquier funcionario de la Administración Pública, sino que la norma exige que esta haya sido creada u obtenida específicamente por un asesor jurídico o un abogado de la entidad; es decir, requiere de una cualidad especial de quien haya elaborado u obtenido la información que es materia del requerimiento.

En esa línea, no basta lo antes mencionado para considerar que dicha información deba ser calificada como confidencial, puesto que la excepción no se configura sobre cualquier tipo de información, sino que ésta debe necesariamente corresponder a una estrategia de defensa de la entidad; es decir, el documento requerido debe ser susceptible de revelar la aludida estrategia de defensa.

Del mismo modo, no basta que exista la referida información, obtenida por asesores jurídicos o abogados de la entidad y que corresponda a una estrategia de defensa, sino que la ley exige la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, en el cual se pueda desplegar, aplicar y desarrollar dicha estrategia. Ello es así toda vez que la parte final de la referida norma señala expresamente que la confidencialidad de dicha información termina cuando el procedimiento concluye.

Finalmente, es importante precisar que cuando la norma hace alusión a *“información cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial”*, el objeto de la confidencialidad está centrado en los documentos en virtud a los cuales se elabora una estrategia de defensa, esto es, los informes, ayudas memoria, análisis, recomendaciones, proyectos de escritos, entre otros, que pueden servir como insumo para la elaboración de la versión final

del documento que finalmente se presenta en el marco de un procedimiento administrativo o judicial.

La reserva de dicha información se justifica por la necesidad de preservar la coherencia y solidez de la defensa que luego se sustentará en el marco del proceso administrativo o judicial, esto es, dicha reserva se establece con la finalidad de proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y dentro de ella, del derecho a la defensa técnica.

Por ello, para la configuración del referido supuesto de excepción la norma exige la concurrencia simultánea de los citados requisitos, siendo evidente que la información en cuestión debe estar contenida en un documento que ha sido creado o se encuentre en posesión de la entidad.

En esa línea, esta instancia advierte de autos, la entidad no ha acreditado de qué manera la información solicitada puede revelar una estrategia de defensa o encuadrar en el supuesto contemplado en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, más aún si no ha acreditado la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en el cual se despliegue o se aplique la referida estrategia, pese a tener la carga de la prueba respecto de la confidencialidad de la información requerida conforme a la jurisprudencia detallada en los párrafos precedentes, por lo que la Presunción de Publicidad respecto a dicha documentación se mantiene vigente.

En ese sentido, la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada en base a las excepciones reguladas en la ley, debiendo señalarse expresamente y por escrito las razones por las que se aplican esas excepciones y el plazo por el que se prolongará dicho impedimento, como lo precisa el literal f) del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM.

Teniendo en cuenta ello, en el caso analizado, para negar el acceso a la información en base al derecho a la confidencialidad, se exige que exista un sustento expreso en la Ley de Transparencia y la acreditación razonable de que existe una afectación a la confidencialidad o un riesgo de su vulneración.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación formulado por el recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida, procediendo al tachado de la información que se encuentre protegida por secreto comercial conforme a lo indicado en la presente resolución y al artículo 19° de la Ley de Transparencia, garantizando el derecho que le asiste al recurrente para acceder a la información pública solicitada.

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, 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;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- NO CONCEDER la ampliación de plazo solicitada por **PETROPERU S.A.** mediante escrito de fecha 22 de junio de 2021.

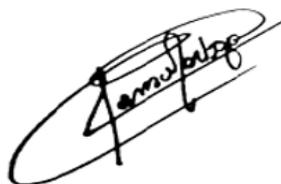
Artículo 2.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 01002-2021-JUS/TTAIP de fecha 11 de mayo de 2021, interpuesto por **CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET** contra el correo de fecha 21 de abril de 2021; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **PETROPERU S.A.** que entregue la información pública solicitada por el recurrente, tachando únicamente aquella que califique como secreto comercial conforme a lo indicado en 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 3.- SOLICITAR a **PETRO PERU S.A.** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET**.

Artículo 4.- 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 5.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET** y a **PETRO PERU S.A.**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

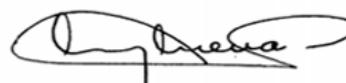
Artículo 6.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp:pcp/cmn