



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 001734-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01789-2023-JUS/TTAIP
Impugnante : **HERBER GUIDO HIDALGO BARZOLA**
Entidad : **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A - EMMSA**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 28 de junio de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01789-2023-JUS/TTAIP de fecha 31 de mayo de 2023, interpuesto por **HERBER GUIDO HIDALGO BARZOLA** contra la Carta N° 055-2023-EMMSA-TRANSPARENCIA recibida con fecha 15 de mayo de 2023, mediante la cual la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. - EMMSA** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 5 de mayo de 2023 a través de la Carta N° 032-2023-MJ-HB.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 5 de mayo de 2023, a través de la Carta N° 032-2023-MJ-HB, el recurrente solicitó a la entidad, los siguientes documentos:

- “1. Copias de los contratos del puesto 01 al puesto 103 del pabellón de frutas “B3”, adjudicados en la Subasta Pública 002-2022-EMMSA.*
- 2. Copias de las constancias de pago de alquiler del Puesto 104 del pabellón “B3” Subasta pública 002-2022, adjudicada a la Señora Lavado Leonardo Rosa Florencia, correspondiente a los meses: octubre de 2022, noviembre del 2022, diciembre del 2022, enero del 2023, febrero del 2023, y marzo de 2023.”*

Con fecha 15 de mayo, mediante la Carta N° 055-2023-EMMSA-TRANSPARENCIA, el Funcionario Responsable de Transparencia de la entidad, brindó atención a la solicitud, señalando lo siguiente:

“(…)

Al respecto, se procede a dar respuesta manifestándole que en atención a lo solicitado, es menester señalar que me ratifico en el contenido de la Carta N° 040-2023-EMMSA-TRANSPARENCIA de fecha 24 de marzo de 2023, notificada a su persona, en mérito de la cual se denegó su solicitud inicial; bajo los argumentos señalados en la misma.

(…)”

Con fecha 31 de mayo de 2023, el recurrente interpuso el presente recurso de apelación, manifestando lo siguiente:

“9. Con respecto a la mencionada **Carta N° 055-2023-EMMSA-TRANSPARENCIA**, que señala la denegatoria parcial de mi solicitud, porque aduce que parte de la información solicitada se encuentra **dentro de las excepciones establecidas en el Numeral 5 del Artículo 17 de la Ley de transparencia y acceso a la información pública**.

Sobre la intencionada aplicación errónea del Numeral 5 del Artículo 17 de la mencionada ley, a través de las Cartas N°040 y N°055 2023-EMMSATRANSPARENCIA, está última (N°055-2023-EMMSA) por parte del Licenciado en Administración el señor Luis Alexander Velásquez Calderón, en su calidad de Funcionario Responsable de acceso a la información de la Empresa Municipal de Mercados - EMMSA, se advierte muy claramente que mi solicitud de acceso a la información pública FUE DENEGADA sin arreglo a lo dispuesto en ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.”

Mediante la Resolución N° 001526-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹, se admitió a trámite el citado recurso impugnatorio y se requirió a la entidad que en un plazo de cuatro (4) días hábiles remita el expediente administrativo correspondiente y formule sus descargos; sin que a la fecha de la emisión de la presente resolución haya presentado documentación alguna.

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 aquella información que afecte la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En este marco, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27860, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por 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 demandan las personas en aplicación del principio de publicidad.

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

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo legal, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que

¹ Notificada el 16 de junio de 2023.

² En adelante, Ley de Transparencia.

deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

Respecto a las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece una limitación al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, al restringir la entrega de la información confidencial relacionada con los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada se encuentra protegida por la excepción prevista en el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Sobre el particular, en principio, 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 indicando:

“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”.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que les corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, en el que indica lo siguiente:

“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 agregado).

En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

Con relación a los gobiernos locales, es pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, al señalar que *“La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley N° 27444 (...)”* (subrayado agregado), estableciendo de ese modo que uno de los principios rectores de la gestión municipal es el principio de transparencia.

Asimismo, la parte in fine del artículo 118 de la referida ley establece que *“El vecino tiene derecho a ser informado respecto a la gestión municipal y a solicitar la información que considere necesaria, sin expresión de causa; dicha información debe ser proporcionada, bajo responsabilidad, de conformidad con la ley en la materia.”* (Subrayado agregado)

Siendo ello así, la Transparencia y la Publicidad son Principios que rigen la gestión de los gobiernos locales, de modo que la documentación que la entidad posea, administre o haya generado como consecuencia del ejercicio de sus facultades, atribuciones o el cumplimiento de sus obligaciones, sin importar su origen, utilización o el medio en el que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública.

De autos se aprecia que el recurrente solicitó a la entidad: **1.** Copias de los contratos del puesto 01 al puesto 103 del pabellón de frutas “B3”, adjudicados en la Subasta Pública 002-2022-EMMSA; y **2.** Copias de las constancias de pago de alquiler del Puesto 104 del pabellón “B3” Subasta pública 002-2022, adjudicada a la Señora Lavado Leonardo Rosa Florencia, correspondiente a los meses: octubre de 2022, noviembre del 2022, diciembre del 2022, enero del 2023, febrero del 2023, y marzo de 2023; pedido que fue denegado por la entidad a través de la Carta N° 055-2023-EMMSA-TRANSPARENCIA, emitida por el Funcionario Responsable de Transparencia de la entidad, manifestando que se ratificaba en el contenido de la Carta N° 040-2023-EMMSA-TRANSPARENCIA

de fecha 24 de marzo de 2023, que denegó su solicitud inicial al tratarse de información de carácter confidencial.

Ante ello, el recurrente interpuso el presente recurso de apelación manifestando que en fecha anterior, a través de la Carta N° 031-2023-MJ-HB requirió información similar, la cual fue denegada de forma parcial mediante la Carta N° 040-2023-EMMSA-TRANSPARENCIA bajo el argumento de ser información confidencial que se encuentra bajo los alcances del numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, lo que no se ajusta a Ley; y la entidad por su parte, pese a estar debidamente notificada, no alcanzó sus descargos a esta instancia.

En ese sentido, corresponde determinar si la denegatoria de la información se realizó conforme a ley.

Sobre el particular, de la revisión de autos se observa la Carta N° 040-2023-EMMSA-TRANSPARENCIA, a la que hace alusión el Funcionario Responsable de Transparencia de la entidad, en la cual se señala lo siguiente:

– *Al respecto, se debe precisar lo señalado en la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en el artículo 17° (...)*

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

(..)

5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar.

*En virtud a ello, en línea **con lo expuesto por la Gerencia de Asesoría Jurídica en este contexto**, indica que la información solicitada constituye información confidencial de datos personales que afectaría la intimidad personal de las personas cuya información se requiere, no pudiéndose entregar a terceros, sin contar con la autorización de los mismos, bajo responsabilidad funcional y penal.*

La confidencialidad es el deber de guardar reserva respecto de los datos y sus antecedentes, que recae en el titular del banco de datos, en el encargado y en toda aquella persona que intervenga en el tratamiento. El deber de confidencialidad concluye cuando medie consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco del titular de los datos personales; ante una resolución existan razones fundadas en la defensa nacional, seguridad pública o salud pública.

En tal sentido, se procede a dar respuesta manifestándole, que la denegatoria parcial de la solicitud se debe a que la información requerida se encuentra dentro de las excepciones establecidas en la Ley de transparencia y acceso a la información pública.

En cuanto al extremo referido a que se le proporcione una copia del Acuerdo de Directorio N° 020-2016, lo solicitado es procedente y para tal efecto se acompaña en copia fedateada.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece lo siguiente:

“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

(...)

- 5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. (...)*”

Asimismo, respecto a los datos personales, en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, se tiene la siguiente definición:

“4. Datos personales. Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados.” (Subrayado agregado)

Además, el numeral 4 del artículo 2 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, señala que los datos personales se refieren a *“aquella información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales, o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados.”*

En ese sentido, cabe señalar que el artículo 5 de la Ley de Protección de Datos Personales establece expresamente que *“Para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular”*, mientras que el numeral 13.5 del artículo 13 agrega que *“el consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco”*. Asimismo, el numeral 19 del artículo 2 del mismo cuerpo normativo define al tratamiento de datos personales como *“cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales.”*

Siendo ello así, este Tribunal observa que la entidad denegó la información solicitada alegando el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sin embargo no motivó ni acreditó de qué forma el acceso a la documentación solicitada afecta la intimidad personal o familiar de los titulares de la información, pese a tener la carga de la prueba; por tanto, tal argumento debe desestimarse.

Cabe indicar que el acto de subasta pública, por su propia naturaleza, es un procedimiento realizado en *“acto público”* a fin de garantizar la legalidad y transparencia del mismo. En ese sentido, la documentación que se solicita, al estar relacionada con una subasta pública, tiene carácter público, máxime si versa sobre contratos o pagos efectuados a favor del Estado.

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación, y ordenar a la entidad que entregue la información solicitada, tachando de ser el caso los datos personales de individualización y contacto de personas naturales

que existiera en los contratos, conforme al artículo 19³ de la Ley de Transparencia.

Finalmente, de conformidad con los artículos 30 y 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, 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.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **HERBER GUIDO HIDALDO BARZOLA**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A - EEMSA** que entregue al recurrente la información pública solicitada, conforme a los argumentos expuestos en la presente resolución; bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, ponga en conocimiento del 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 a la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A-EEMSA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 1 de la presente resolución.

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 de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante 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 **HERBER GUIDO HIDALDO BARZOLA** y a la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A-EEMSA** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

³ "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".

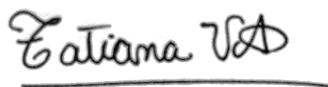
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
VOCAL PRESIDENTE



LUIS GUILLERMO AGURTO VILLEGAS
VOCAL



TATIANA AZUCENA VALVERDE ALVARADO
VOCAL

vp:tava