



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 003165-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02234-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **MIGUEL SEBASTIAN NICOLAS GARCES GUTIERREZ**
Entidad : **PETROLEOS DEL PERÚ S.A – PETROPERÚ S.A.**
Sumilla : Declara Fundado en Parte el recurso de apelación

Miraflores, 30 de octubre de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 02234-2023-JUS/TTAIP de fecha 4 de julio de 2023, interpuesto por **MIGUEL SEBASTIAN NICOLAS GARCES GUTIERREZ** contra el correo electrónico de fecha 19 de junio de 2023, mediante el cual **PETROLEOS DEL PERÚ S.A. – PETROPERÚ S.A.**, dio respuesta a su solicitud de acceso a la información pública de fecha 6 de junio de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 6 de junio de 2023 el recurrente solicitó lo siguiente:

- “a) Contratos de promoción de ventas con estaciones de servicios vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016.*
- b) Precio de venta de Diesel B5 y Diesel DB5-S50 a estaciones de servicios con las que se celebraron los contratos de promoción de ventas vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016”.*

Mediante correo electrónico de fecha 19 de junio de 2023 la entidad señala que:

“(…) Respecto a su solicitud de información referida a copia de Contratos de promoción de ventas con estaciones de servicios vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016, Precio de venta de Diesel B5 y Diesel DB5-S50 a estaciones de servicios con las que se celebraron los contratos de promoción de ventas vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016, le comunicamos lo siguiente:

De conformidad a lo establecido en el artículo N° 1 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública la presente ley tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información pública el numeral 3 del artículo 3 del texto único ordenado de la ley 27806 ley transparencia acceso a la información pública.

El numeral 3 del artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública señala que: “el estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en la aplicación del Principio de Publicidad.”

Precisar que el numeral 2) del artículo 17 de la Ley de Transparencia señala que: “(...) 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 Protegida.”

Los “Lineamientos sobre Información Confidencial” de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI disponen “Se considera secreto comercial aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las firmas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa. Tal es el caso de los aspectos relativos a la estrategia competitiva, datos relacionados a la estructura de costos, términos de negociación y condiciones contractuales acordadas, etc.

En ese sentido, en cumplimiento de lo señalado en la Política Corporativa de Transparencia de Petroperú y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, al respecto debemos indicar que la información de los clientes de PETROPERU S.A. es considerada como confidencial, calificada como secreto comercial, debido a que se trata de información sensible que forma parte de la relación comercial que mantiene con nuestra empresa, y constituye una ventaja competitiva y tiene un valor económico, que de ser conocido por terceros produciría un perjuicio económico y sería riesgoso para la continuidad de las relaciones comerciales de PETROPERU con sus clientes, por lo que la información solicitada no es de acceso público, de conformidad a lo señalado en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia referida al secreto comercial.

Con fecha 4 de julio de 2023 el recurrente interpone ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando que:

“(…) En este caso, PETROPERU decidió denegar la solicitud presentada amparándose en la excepción contenida en el inciso 2 del artículo 17 del TUO , sobre secreto comercial (...)

Al respecto, PETROPERU olvida citar las disposiciones legales que lo obligan, en tanto ente de derecho público, a entregar la información solicitada. A diferencia de los lineamientos generales de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, una definición más precisa y, además, vinculante para las empresas del Estado, es la quinta disposición complementaria del Decreto Legislativo 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, reafirmada por el artículo 31 de su reglamento (...) Del citado dispositivo se entienden dos requisitos para que alguna información sea considerada como secreto comercial: (i) que no sea de conocimiento general; y (ii) que puede ocasionar un perjuicio a la empresa.

(…) En esta línea, los propios lineamientos de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, que regulan la presentación de solicitudes de confidencialidad de información en casos de competencia, establecen cinco requisitos con los que deberá cumplir el administrado para que la información que le solicitan sea considerada como confidencial: (i) que la información sea pertinente; (ii) que precise la información que considera confidencial; (iii) que justifique sus razones; (iv) que presente un resumen no confidencial; (v) que la información no haya sido divulgada; y (vi) que la información pueda causar un eventual perjuicio.

(...)

Como podemos observar, los requisitos (i) a (iv) de los lineamientos tienen que ver netamente con formalidades de la solicitud de confidencialidad de información del administrado propia de los procesos regulados en el Decreto Legislativo 1034. Lo importante son los requisitos materiales (v) y (vi) que, en esencia, se pronuncian en el mismo sentido que la quinta disposición transitoria del Decreto Legislativo 1031. Es decir, los requisitos para que una empresa del Estado deniegue el acceso a la información por

contener un secreto comercial son que la información no sea de conocimiento general y que, además, su divulgación cause un eventual perjuicio a la empresa

(...) Veamos el primer punto, el conocimiento general. A través de la solicitud de acceso pedí los contratos de promoción de ventas con estaciones de servicios vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016 y los precios de venta de Diesel B5 y Diesel DB5-S50 a estaciones de servicios con las que se celebraron los contratos de promoción de ventas vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016.

(...) Los contratos de promoción de ventas son de conocimiento general, consisten en la incorporación de terceros que tienen la propiedad de estaciones de servicios para utilizar las marcas de PETROPERU.

(...) En este sentido, los administrados tenemos derecho a conocer los contratos en los que se emplean los fondos públicos. Desconocer esta posibilidad implica desconocer las disposiciones legales y constitucionales (...) . Inclusive, algunos de los contratos que PETROPERU suscribe para otros servicios como parte de sus actividades comerciales se encuentran publicados en internet. No existe, y PETROPERU no brinda, ninguna razón por la que este tipo específico de contratos constituya secreto comercial.

(...) que los contratos solicitados corresponden a aquellos que hayan estado vigentes entre noviembre de 2015 y enero de 2016. Es decir, hace más de siete años. No se entiende, y PETROPERU no explica, cómo el acceso de los ciudadanos a unos contratos de un periodo tan antiguo podría generarle un perjuicio a sus actividades comerciales en 2023. (...) Por todo lo dicho, queda establecido que PETROPERU tiene la obligación de entregar los contratos de promoción de ventas con estaciones de servicios vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016.

(...) Sobre los precios de venta de Diesel B5 y Diesel DB5-S50 a estaciones de servicios con las que se celebraron los contratos de promoción de ventas vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016, existe una disposición específica en los propios lineamientos citados por PETROPERU, que indica que la lista de precios de venta no constituye información confidencial porque:

“Constituye información de conocimiento general y que se encuentra al alcance de los consumidores, quienes precisamente utilizan dicha información para evaluar la conveniencia de concretar transacciones comerciales con la empresa solicitante”

(...) Así las cosas, queda claro que la información que he solicitado no constituye, en ningún escenario, información que no sea de conocimiento general.

(...) Veamos el segundo punto, el eventual perjuicio que podría acarrear. PETROPERU indica que la información solicitada “constituye una ventaja competitiva y tiene un valor económico, que de ser conocido por terceros produciría un perjuicio económico y sería riesgoso para la continuidad de las relaciones comerciales de PETROPERU con sus clientes”. En primer lugar, dicha sustentación es deficiente, nunca indican por qué la información solicitada ocasionaría un perjuicio económico. Dicha sustentación incumple las exigencias legales y jurisprudenciales establecidas por el Tribunal Constitucional en el Expediente 2579-2003-HD/TC, citado en el precedente de observancia obligatoria resolución 002906-2021-JUS/TTAIP:

“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”.

(...) 19. En segundo lugar, tal perjuicio no existe en tanto la información que solicito es información de conocimiento general, a la que los administrados tienen derecho a

acceder. Difundir esta información general no constituye una ventaja competitiva. Los precios de venta y condiciones contractuales de 2015 y 2016, a la actualidad, han cambiado bastante. No son escenarios comparables que puedan producir una ventaja competitiva actual. Ningún competidor va a alterar su estrategia de precios en base a aquellos que haya utilizado hace más de siete años.

(...) Además, dados los criterios de las resoluciones que he citado supra, la información compartida no tendría incidencia en las relaciones comerciales de PETROPERU con sus clientes, pues la información netamente privada de los mismos puede ser tachada si es necesario.

(...) Por todo lo dicho, la información solicitada constituye información general y no generaría eventuales perjuicios a PETROPERU.

Mediante la Resolución 002985-2023-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 Carta GCRI-1280-2023 de fecha 25 de octubre de 2023, la entidad remite a esta instancia el expediente administrativo y sus descargos, en los que señala:

“(...) IV. A través de memorando N° GCCM-0898-2023 la Gerencia Corporativa Comercial, precisó que luego de la reevaluación se estimó entregar información parcial. No obstante, se indica que parte de la documentación solicitada no podrá ser entregada por estar calificada como información protegida por el secreto comercial, encontrándose de acuerdo con lo establecido en el numeral 2) del artículo 17°, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública - Ley N° 27806, para lo cual se adjunta la debida motivación y sustento, en el anexo 2, del referido documento. Siendo en ese sentido entregado al ciudadano:

- a. Lista de contratos vigentes en el periodo solicitado por el ciudadano.*
- b. 2 ejemplares de los contratos vigentes en el periodo solicitado por el ciudadano*
- c. 11 listas de precios vigente en el periodo solicitado por el ciudadano.*

V. En ese sentido, en cumplimiento de nuestra Política Corporativa de Transparencia y los Lineamientos Resolutivos del Tribunal de Transparencia, así como de la Resolución N° 002622-2023/JUS-TTAIP-PRIMERA SALA y dentro del plazo establecido, se adjuntan los siguientes documentos:

- Solicitud de Información del señor Miguel Sebastian Nicolas Garces Gutiérrez*
- Memorandos N° GCRI-0653-2023, mediante los que se solicita la información.*
- Memorando N° GCCM-0499-2023 del área poseedora, mediante la cual deniega la información.*
- Respuesta enviada al ciudadano Garces Gutiérrez, a través del correo respuesta-al-ciudadano@petroperu.com.pe de fecha 19/06/2023.*
- Acuse de recibo de la respuesta enviada del 19/06/2023.*
- Memorando GCRI- 1266-2023, solicita la “reevaluación”*
- Memorando N° GCCM-0898-2023, en el que se informa que luego de la reevaluación se entrega información parcial, anexando la motivación y sustento de la información protegida.*
- Respuesta enviada al ciudadano Garces Gutiérrez, a través del correo respuesta-al-ciudadano@petroperu.com.pe de fecha 25/10/2023.*
- Acuse de recibo de la respuesta enviada del 25/10/2023.”*

¹ Resolución de fecha 16 de octubre de 2023, notificada a la entidad el 19 de octubre de 2023.

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*”.

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 el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

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

² En adelante, Ley de Transparencia.

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 39º y 40º 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:

- “a) Contratos de promoción de ventas con estaciones de servicios vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016.*
- b) Precio de venta de Diesel B5 y Diesel DB5-S50 a estaciones de servicios con las que se celebraron los contratos de promoción de ventas vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016”.*

Mediante correo electrónico de fecha 19 de junio de 2023 la entidad responde denegando la entrega de la información señalando que es confidencial por ser secreto comercial de conformidad con el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, y en su descargo la entidad refiere que: *“(…) luego de la reevaluación se estimó entregar información parcial. No obstante, se indica que parte de la documentación solicitada no podrá ser entregada por estar calificada como información protegida por el secreto comercial, encontrándose de acuerdo con lo establecido en el numeral 2) del artículo 17º, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública - Ley N° 27806, para lo cual se adjunta la debida motivación y sustento, en el anexo 2, del referido documento. Siendo en ese sentido entregado al ciudadano:*

- a. Lista de contratos vigentes en el periodo solicitado por el ciudadano.*
- b. 2 ejemplares de los contratos vigentes en el periodo solicitado por el ciudadano.*
- c. 11 listas de precios vigente en el periodo solicitado por el ciudadano. (…)*”.

En cuanto al **Punto a)** de la solicitud, se debe indicar que, 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:

Artículo 40. Información confidencial.

(...)

40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:

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", en el presente caso la entidad

En el presente caso la entidad en su respuesta refiere que "(...) se trata de información sensible que forma parte de la relación comercial que mantiene con nuestra empresa, y constituye una ventaja competitiva y tiene como valor económico, que de ser conocido por terceros produciría un perjuicio económico y sería riesgoso para la continuidad de las relaciones comerciales de PETROPERU con sus clientes, por lo que información solicitada no es de acceso público (...)", y en su descargo refiere que el sustento se encuentra en el Memorando N° GCCM-0898-2023 en cuyo Anexo 2 se advierte lo siguiente: "Se reitera que la información de los contratos con clientes de PETROPERU es considerada confidencial y es apreciada como secreto empresarial, pues esta no es conocida por terceros, la misma que contiene datos personales de los apoderados protegidos por ley. En el contrato existen cláusulas con información sensible que revelan las estrategias y facilidades comerciales, la misma que ha sido siempre cuidada ya que de caer en manos de la competencia perjudicaría a Petroperú pues conocerían nuestras concesiones otorgadas a los clientes; así como, las ventajas y atractivos de suscribir contratos con nuestra empresa, lo cual se reflejaría en pérdida de cartera de clientes, pues la competencia mejoraría nuestras estrategias. Asimismo, se debe tomar en cuenta que los contratos han sido suscritos con personas naturales y empresas de ámbito privado, las mismas que no se encuentran comprendidas en la Ley de Transparencia y cuyo único objeto de suscribir el contrato con Petroperú, es comprar combustibles a menor precio y mejor calidad, que el que ofrece la competencia, por lo que, de quedar expuesta su información personal también desalentaría a los posibles clientes de contratar con Petroperú en futuras negociaciones".

Por tanto, se advierte de los descargos que la entidad si da una razón suficiente para considerar que los "Contratos de promoción de ventas con estaciones de servicios vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016", contienen cláusulas que constituyen secreto comercial respecto a las estrategias y facilidades comerciales, habiéndose demostrado que tiene un valor comercial que incide en sus competidores directos por ser parte de su actividad comercial, y su divulgación ocasionaría un perjuicio a la entidad, por tanto existen razones por las cuales se determina que dicha información se encuentra incluida como protegida por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobado por Decreto Legislativo N° 1044, concordada con el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, de determinadas cláusulas de los contratos.

Por tanto, dado que cierta información califica como "secreto comercial" y por ello se debe 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 petitionado, 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 los contratos faltantes procediendo a tachar la información que se encuentre protegida por el secreto comercial, datos personales u otras excepciones conforme a los artículos 18 y 19 de la Ley de Transparencia, garantizando el derecho que le asiste al recurrente para acceder a la información pública solicitada, más aún si la entidad entregó dos ejemplares de contratos con el tachado respectivo, **por lo que el extremo del Punto a) de la solicitud es fundado.**

Respecto al **Punto b) de la solicitud** referido al “*Precio de venta de Diesel B5 y Diesel DB5-S50 a estaciones de servicios con las que se celebraron los contratos de promoción de ventas vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016*”, la entidad en su descargo cuyo fundamento se encuentra en el Memorando N° GCCM-0898-2023, Anexo 2 indica “(…) *Respecto a los precios solicitados revaluado el caso se ha estimado alcanzar la lista de precios vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016, la misma que es de acceso público y se encuentra en nuestra página web www.petroperu.com.pe*”.

Sobre el particular, el numeral 1 del artículo 321 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en el presente procedimiento conforme a lo establecido en el

numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁴, regula la sustracción de la materia, la cual origina la conclusión del procedimiento sin declaración sobre el fondo.

Con relación a la aplicación de dicha norma, en un supuesto de requerimiento de documentación formulada por un trabajador del Poder Judicial a su empleador, en los Fundamentos 4 y 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01902-2009-PHD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que la entrega de la información al solicitante durante el trámite del proceso constitucional, constituye un supuesto de sustracción de la materia:

“4. Que a fojas 37 obra la Carta Notarial entregada con fecha 15 de agosto de 2007, conforme a la que el emplazado, don Fortunato Landeras Jones, Secretario General de la Gerencia General del Poder Judicial, se dirige a la demandante adjuntando copia del Oficio N° 4275-2006-J-OCMA-GD-SVC-MTM del Gerente Documentario de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), así como de la Resolución N° UNO de la misma gerencia, adjuntando la información solicitada.

5. Que, conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, resulta evidente que en el presente caso se ha producido la sustracción de materia, por lo que corresponde rechazar la demanda de autos, conforme al artículo 1° del Código Procesal Constitucional.”

De igual modo, dicho colegiado ha señalado en el Fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03839-2011-PHD/TC, que cuando la información solicitada por un administrado es entregada, aún después de interpuesta la demanda, se configura el supuesto de sustracción de la materia:

“3. Que en el recurso de agravio constitucional obrante a fojas 60, el demandante manifiesta que la información pública solicitada “ha sido concedida después de interpuesta la demanda.”

Ahora bien, conforme a lo indicado precedentemente la entidad refiere que el Punto b) de la solicitud ha sido atendido, al respecto se debe tener en cuenta que ; al respecto por lo cual se debe tener presente que, respecto a las comunicaciones cursadas vía correo electrónico, el numeral 20.4 del artículo 20 de Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁵, establece que:

“20.4. El administrado interesado o afectado por el acto que hubiera consignado en su escrito alguna dirección electrónica que conste en el expediente puede ser notificado a través de ese medio siempre que haya dado su autorización expresa para ello. Para este caso no es de aplicación el orden de prelación dispuesto en el numeral 20.1.

La notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando la entidad reciba la

³ “Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
(...)”

1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. (...)”

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.”

⁴ En adelante, Ley N° 27444.

⁵ En adelante, Ley N° 27444.

respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado o esta sea generada en forma automática por una plataforma tecnológica o sistema informático que garantice que la notificación ha sido efectuada (...) (subrayado agregado).

De autos se aprecia la captura de pantalla del correo electrónico de la entidad dirigido al correo electrónico del recurrente m(...)g@pucp.edu.pe, el día "Mie 25/10/2023 15:33" por el cual la entidad le brinda la información solicitada: "(...) En este sentido se le adjunta: (...) 11 listas de precios vigente en el período solicitado por el ciudadano"

En el caso de autos, se advierte que la entidad también anexa la constancia de envío automática emitidas por el servidor del correo electrónico de fecha 25 de octubre a horas 16:33, conforme lo exige el numeral 20.4 artículo 20 de la Ley N° 27444, por tanto, este colegiado tiene por bien notificado a la recurrente de la respuesta brindada por la entidad, respecto al extremo del Punto b) de la solicitud.

Consecuentemente, se evidencia que la entidad cumplió con atender la solicitud de acceso a la información pública del recurrente; por lo que en el presente extremo no existe controversia pendiente de resolver, **habiéndose producido la sustracción de la materia en el extremo del Punto b) de la solicitud**, más aún si el recurrente no ha comunicado a esta instancia la falta de entrega o entrega incompleta después de emitida la resolución de admisión.

Por lo indicado precedentemente, al haberse declarado fundado en parte el recurso de apelación **en el extremo del Punto a)** de la solicitud, corresponde ordenar a la entidad brinde una respuesta clara, precisa y veraz a la recurrente y deberá entregar la información solicitada en este extremo, en forma completa, con el tachado o exclusión de la información que se encuentre contenida en alguna excepción de la Ley de Transparencia conforme a su artículo 19 (como secreto comercial, datos personales u otra debidamente sustentada y acreditada).

Finalmente, en virtud de lo señalado el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, 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.

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 EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por **MIGUEL SEBASTIAN NICOLAS GARCES GUTIERREZ**, respecto al Punto a) de su solicitud, en consecuencia, **ORDENAR** a **PETROLEOS DEL PERÚ S.A – PETROPERÚ S.A.** que entregue la información pública solicitada por el recurrente en forma completa, tachando la información que se encuentre comprendida en a tachar la información que se encuentre protegida por el secreto comercial, datos personales u otras excepciones conforme a los artículos 18 y 19 de la Ley de Transparencia

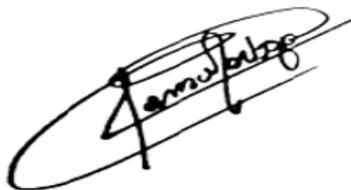
Artículo 2.- SOLICITAR a **PETROLEOS DEL PERÚ S.A – PETROPERÚ S.A.** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **MIGUEL SEBASTIAN NICOLAS GARCES GUTIERREZ**.

Artículo 3.- DECLARAR CONCLUIDO el Expediente de Apelación N° 02234-2023-JUS/TTAIP de fecha 4 de julio de 2023, interpuesto por **MIGUEL SEBASTIAN NICOLAS GARCES GUTIERREZ** contra **PETROLEOS DEL PERÚ S.A – PETROPERÚ S.A.**, al haberse producido la sustracción de la materia respecto al Punto b) de la solicitud referido a: “b) Precio de venta de Diesel B5 y Diesel DB5-S50 a estaciones de servicios con las que se celebraron los contratos de promoción de ventas vigentes desde noviembre de 2015 a enero de 2016”, conforme a lo indicado en la presente resolución.

Artículo 4.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

Artículo 5.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MIGUEL SEBASTIAN NICOLAS GARCES GUTIERREZ** y a **PETROLEOS DEL PERÚ S.A – PETROPERÚ S.A.** , de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

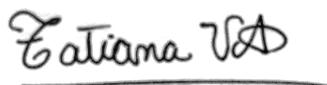
Artículo 6.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



LUIS AGURTO VILLEGAS
Vocal



TATIANA AZUCENA VALVERDE ALVARADO
Vocal

vp: lav