Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

PRIMERA SALA

Resolución N° 010304602020

Expediente : 00423-2020-JUS/TTAIP
Impugnante : **CARLOS FRANCO PACHECO**
Entidad : **INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI**
Sumilla : Declara sustracción de la materia de recurso de apelación

Miraflores, 16 de julio de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00423-2020-JUS/TTAIP de fecha 7 de mayo de 2020, interpuesto por **CARLOS FRANCO PACHECO** contra el correo electrónico de fecha 29 de abril de 2020 que contiene la Carta N° 000582-SAC emitida por el **INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI**[1]**,** mediante el cual denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada vía web con fecha 27 de abril de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de abril de 2020 el recurrente solicitó al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI *"Copia virtual de la resolución 007-2020/CLC-indecopi"*.

Mediante correo electrónico de fecha 29 de abril de 2020 la entidad remitió al recurrente la Carta N° 000582-SAC, mediante la cual refiere que *"el artículo 4 del Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, aprobado mediante Decreto Supremo 017-98-ITINCI, establece que toda la información presentada en este tipo de procedimientos califica como confidencial; por lo tanto, no es posible su remisión a terceros ajenos al procedimiento".*

Mediante correo electrónico de fecha 6 de mayo de 2020 el recurrente manifestó su disconformidad con la negativa a su solicitud de acceso a la información.

[1] En adelante, INDECOPI.

A través del correo electrónico de fecha 7 de mayo de 2020, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI comunicó al recurrente que, en atención al correo del administrado, su disconformidad respecto a la respuesta brindada a su solicitud de acceso a la información, había sido encauzada como un recurso de apelación[2].

Mediante la Resolución N° 010104212020 se admitió a trámite el citado recurso de apelación, requiriendo a la entidad la formulación de sus descargos[3].

Mediante Oficio N° 000577-2020-GEL/INDECOPI ingresado a esta instancia con Registro N° 024081 de fecha 14 de julio de 2020, la entidad remitió sus descargos indicando que el 13 de julio del 2020 vía correo electrónico le enviaron al recurrente la Carta N° 000811-2020-GEGSAC/INDECOPI, remitiéndole la información solicitada correspondiente a la Resolución N° 007-2020/CLC-INDECOPI, con acuse de recibo del mismo día, añadiendo la entidad que la citada resolución se encuentra disponible en el portal web del INDECOPI a través del siguiente enlace https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia.seam.

Anota INDECOPI que la referida resolución tiene determinados fragmentos que ostentan carácter confidencial, por lo que están ocultados (suprimidos), según lo previsto en el numeral 35.1 del artículo 35 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 030-2019-PCM[4], en concordancia con lo dispuesto por el artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, pues contiene secretos comerciales e industriales debidamente declarados mediante las Resoluciones N° 008-2020/CLC-INDECOPI y N° 003-2020/CLC-INDECOPI emitidas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento de autorización de concentración en el sector eléctrico iniciado por China Yanstze Power International (Hong Kong) Co., Limited, que declararon confidencial determinada información brindada por los agentes económicos involucrados en la adquisición de la empresa Luz del Sur S.A., por lo que al considerar que hicieron entrega de la información requerida por el recurrente, solicitan a esta instancia que se declare la sustracción de la materia sin declaración sobre el fondo.

En la fecha se ha llevado a cabo el informe oral solicitado por INDECOPI, con la participación de ambas partes del procedimiento, habiendo reiterado el representante de Indecopi, Sr. Jaime Alejandro Zelada Flores, los argumentos antes señalados, agregando que la información tachada corresponde a contratos de cesión, certificado de incorporación, registro de directores y registro de accionistas que no califican como información pública.

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.

---

2 El cual fue remitido de manera virtual (correo electrónico) a este colegiado en fecha 7 de mayo de 2020.
3 Resolución notificada a la entidad con fecha 10 de julio de 2020.
4 En adelante, Decreto Legislativo N° 1034.

Por su parte, 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-JUS[5], establece que por el principio de publicidad toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación de dicho principio.

Asimismo, el artículo 10 de la citada ley señala 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 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de ley.

Además, el primer párrafo del artículo 18 de la citada 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.

El numeral 35.1 del artículo 35 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, prescribe que 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.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información entregada por la entidad al recurrente, con posterioridad a la presentación de su recurso de apelación, constituye un supuesto de sustracción de la materia.

2.2 Evaluación

Al respecto, conforme con lo dispuesto por las citadas normas y en aplicación del Principio de Publicidad, toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública contenida en documentos escritos o en cualquier otro formato es de acceso público, por lo que las restricciones o excepciones injustificadas a su divulgación menoscaban el derecho fundamental de toda persona al acceso a la información pública.

Con relación a dicho principio, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que *"De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho*

[5] En adelante, Ley de Transparencia.

de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas".

Asimismo, en el Fundamento 6 de dicha sentencia, dicho colegido indicó que se requiere brindar una *"motivación cualificada"*:

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

Concordante con ello, en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, dicho colegiado estableció que: *"(…) la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción."* (subrayado añadido).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que le corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC:

"(…) De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado." (subrayado nuestro).

Por su parte, conforme al Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00950-2000-HD/TC, el Tribunal Constitucional estableció que para denegar el acceso a la información no es suficiente invocar una excepción prevista en la ley de la materia:

"[…] el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad". (subrayado agregado)

Asimismo, en el Fundamento 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05173-2011-PHD/TC, dicho colegiado determinó que *"[…] no basta con alegarse que la información pueda afectar la seguridad y/o poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas, sino que ello debe ser meridianamente acreditado."* (subrayado agregado).

En ese sentido, corresponde a las entidades que deniegan el acceso a la información pública solicitada por un ciudadano, acreditar que esta se encuentra

comprendida en una de las excepciones prevista por la ley, conforme lo prevé el literal f) del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia[6], siendo insuficiente alegar únicamente su confidencialidad o reserva sin señalar las razones y fundamentos por los cuales se aplican las respectivas excepciones.

Ahora bien, conforme se advierte de autos, el recurrente solicitó a la entidad una copia virtual de la Resolución N° 007-2020/CLC-INDEDCOPI, recibiendo como respuesta el correo electrónico de fecha 29 de abril de 2020 a través del cual la entidad le remitió la Carta N° 000582-SAC en la que se indicaba que, en aplicación del artículo 4 del Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, toda la información presentada en este tipo de procedimientos califica como confidencial, añadiendo que dicha norma también establece que las resoluciones emitidas en el marco de este tipo de procedimientos podrán ser publicadas una vez que hayan quedado firmes, lo que no ocurría en el caso solicitado, pues la empresa solicitante se encontraba en el plazo para presentar un recurso de apelación, por lo que no era posible la entrega de la información solicitada.

Asimismo, de la documentación remitida por la entidad a este colegiado, se aprecia que mediante correo electrónico de fecha 13 de julio del 2020, INDECOPI remitió al recurrente la Carta N° 000811-2020-GEG-SAC/INDECOPI, adjuntando en formato PDF la Resolución N° 007-2020/CLC-INDECOPI solicitada, requiriéndole la confirmación de recepción de la citada comunicación.

En atención a ello y en la misma fecha, a través de correo electrónico dirigido por el recurrente a la entidad, este manifestó que *"… las 123 páginas de la resolución de versión pública tiene* (sic) *sombras en las páginas 106,107 y 123. (…)*
Por ello, traslado este malestar previo a la presentación de un recurso de revisión al Tribunal de Transparencia, a fin de que INDECOPI, en el plazo de 24 horas repare el defecto observado en la versión publica de la resolución 007-2020."

Así, mediante correo electrónico de fecha 14 de julio de 2020, la entidad remitió al administrado la Carta N° 000823-2020-GEG-SAC/INDECOPI, mediante la cual le informó que, de conformidad con lo previsto por el artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, el Informe Técnico y Resoluciones emitidas en los procedimientos de autorización de operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico recién pueden ser publicadas una vez que dichos actos hayan quedado firmes, indicando que para la publicación de tales documentos, la norma también precisa que debe resguardarse los secretos comerciales e industriales de los agentes involucrados.

Añade dicha carta que para determinar la información que califica como secretos comerciales e industriales y que, por tanto, no debe ser publicada en los respectivos documentos emitidos por la autoridad, los agentes económicos involucrados y la Comisión de Defensa de la Libre Competencia se sujetan a las reglas establecidas en el literal (i) el artículo 35 del Decreto Legislativo N° 1034; y, (ii) en los Lineamientos sobre confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, aprobados mediante Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI.

[6] Aprobado mediante Decreto Supremo N° 072-2003-PCM.

Agregaba la entidad en dicho documento que mediante las Resoluciones N° 003-2020/CLC-INDECOPI y N° 008-2020/CLC-INDECOPI, emitidas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia[7], se declaró confidencial determinada información en el procedimiento de solicitud de autorización de concentración en el sector eléctrico iniciado por China Yanstze Power International (Hong Kong) Co, Limited, brindada por los agentes económicos involucrados en la adquisición de la empresa Luz del Sur S.A., por contener secretos comerciales e industriales, adjuntándole los archivos correspondientes a dichas resoluciones.

Cabe anotar que las partes han reiterado los hechos y fundamentos de sus posiciones en el informe oral realizado en la fecha.

Al respecto, el numeral 35.1 del artículo 35 del Decreto Legislativo N° 1034, establece los requisitos aplicables a las solicitudes de confidencialidad que formulan los administrados, prescribiendo que *"… a solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. La solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial será concedida, siempre que: a) Dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado; b) Quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y, c) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial (…)."* (subrayado agregado).

Por su parte, el literal i) del artículo 37 del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, aprobado por el Decreto Supremo N° 107-2012-PCM, establece que es una atribución de la Comisión, *"Calificar como reservados o confidenciales determinados documentos o procesos sometidos a su conocimiento, en caso de que pudiera verse vulnerado el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas."* (subrayado agregado).

Siendo ello así, y conforme al marco legal citado, constituye competencia de la Comisión determinar la confidencialidad de la información que pudiera vulnerar el secreto industrial o comercial de las partes sometidas a un procedimiento de autorización de concentración, evidenciándose de autos que mediante las Resoluciones N° 003-2020/CLC-INDECOPI y N° 008-2020/CLC-INDECOPI, dicho colegiado ha realizado un análisis técnico sobre la confidencialidad de una extensa documentación presentada por la empresa China Yanstze Power International (Hong Kong) Co., Limited, verificándose que dichos actos administrativos se encuentran debidamente motivados, habiéndose declarado parte de la información como no confidencial, y otra de naturaleza confidencial, por lo que siendo consignada una parte de esta última información en la Resolución N° 007-2020/CLC-INDECOPI, el tachado previo a su publicidad ha seguido el procedimiento de protección de la confidencialidad previsto en la ley.

[7] En adelante, La Comisión.

En este orden ideas, se concluye que la entrega de la información solicitada por el recurrente, esto es, la Resolución N° 007-2020/CLC-INDECOPI de fecha 27 de marzo de 2020, en la que se advierte del tachado de una mínima parte de su contenido, se encuentra ajustado a ley[8].

Siendo ello así, es pertinente traer a colación lo previsto por 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 General[9], aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS[10], 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 Nº 4275-2006-J-OCMA-GD-SVC-MTM del Gerente Documentario de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), así como de la Resolución Nº UNO de la misma gerencia, adjuntando la información solicitada.

1. *Que, conforme a lo expuesto en el parágrafo 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 1º 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."

En consecuencia, habiéndose acreditado que, con posterioridad a la presentación del recurso de apelación materia de análisis, mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2020 la entidad le remitió al recurrente la información solicitada, por

---

8 Conforme al numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el cual establece 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"*.

9 *"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."

10 En adelante, Ley N° 27444.

lo que no existe controversia pendiente de resolver, habiéndose producido en el presente caso la sustracción de la materia.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y 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:

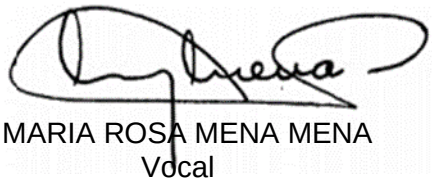
Artículo 1.- DECLARAR CONCLUIDO el Expediente de Apelación Nº 00423-2020-JUS/TTAIP de fecha 7 de mayo de 2020, interpuesto por **CARLOS FRANCO PACHECO** al haberse producido la sustracción de la materia.

Artículo 2.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

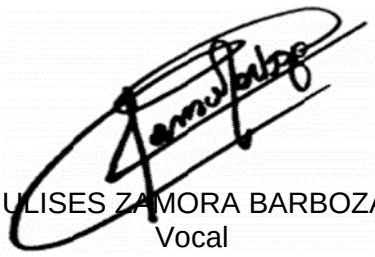
Artículo 3.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **CARLOS FRANCO PACHECO** y al **INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).

PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARIA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: pcp/jeslr