| Afectación de derechos económicos y comerciales de terceros por la entrega de información pública ¿corresponde, o es conveniente, bilateralizar el trámite? | |
| --- | --- |
| País e institución representada | **PERÚ/DEFENSORÍA DEL PUEBLO** |
| Breve Descripción | A fin de delimitar el tema, a continuación se desarrollan algunas reflexiones que pueden servir como facilitadores del debate:   * ¿Qué se entiende por derechos económicos y comerciales en su legislación? * ¿Quiénes son los titulares de los derechos económicos y comerciales dentro de su jurisdicción? * ¿Qué tipo de información suele ser proporcionada a los sujetos obligados (en materia de acceso a la información) por los terceros? * ¿Cuáles son los parámetros de confidencialidad de la información que se encuentran establecidos en su normativa vigente? * ¿En su legislación se contempla la figura de entrega en **versión pública**, esto es la entrega de documentos o expedientes en el que se da acceso a información eliminando u omitiendo las partes o secciones clasificadas? * Actualmente ¿cuál es el proceso que se sigue en su Institución para dar acceso o en su caso, negar el mismo, a información de terceros que incluyan datos relacionados con derechos económicos y comerciales? * ¿En su legislación se requiere contar con el consentimiento expreso de los particulares o los terceros para dar acceso a su información? * ¿Considera que la prueba de daño es una herramienta adecuada para discernir entre la divulgación o la clasificación de la información de terceros? |
| Consideraciones Generales (Relevancia del tema) | La Constitución Política señala expresamente 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.  Se **exceptúan las informaciones** que afectan la intimidad personal y las que **expresamente se excluyan por ley** o por razones de seguridad nacional.» (artículo 2.5)  En ese sentido, el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley Nº 27806, precisa que se considera información confidencial, y por ende, el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido, respecto a 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.» (artículo 17.2)  Sin embargo, como veremos más adelante, no se cuentan con definiciones vinculantes suficientes para definir dichos conceptos.    De allí que, si bien se advierte que los derechos económicos y comerciales de terceros son una limitación constitucional al derecho de acceso a la información pública, el marco legal vigente es insuficiente.  Es por ello, que es necesario desarrollar pautas para definir qué y cómo se configuran los diversos derechos económicos y/o comerciales, a fin de evitar interpretaciones amplias o análogas, prohibidas expresamente ante el ejercicio de este derecho fundamental (artículo 18º TUO de la Ley Nº 27806). |
| Consideraciones  (Posición sobre el tema) | Conforme a lo establecido en el marco jurídico en materia de transparencia y acceso a la información pública y la jurisprudencia de Tribunal Constitucional, cuando una entidad niega el acceso a la información, debe hacerlo cumpliendo los parámetros constitucionales y legales que se indican a continuación:  1° La información solicitada debe encontrarse **dentro del régimen de las excepciones** expresamente contempladas en los artículos 15º, 16º y 17º del TUO de la Ley Nº 27806. De ahí que, al no encontrarse protegida por las excepciones legales, la información solicitada es pública.    2º La entidad está obligada a **expresar por escrito cuáles son aquellos elementos probatorios** que indican que la divulgación de la información afectará los derechos y/o bienes jurídicos protegidos por alguna de las excepciones contempladas en dicho régimen (artículo 13 TUO Ley 27806, STC Nº 5173-2011-PHD/TC y Corte I.D.H., Caso Claude Reyes).    En ese sentido, el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, clasifique la información en un supuesto de excepción, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma. Por el contrario, la entidad se encuentra obligada a brindar una motivación “cualificada” (STC N° 3035-2012-PHD/TC y Nº 950-00-HD)    Asimismo, 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. (Exp. Nº 5173-2011-PHD/TC)    3º La entidad debe **probar que el daño** por divulgar la información es mayor al daño ocasionado por negarle al público conocer la información. (Exp. Nº 04729-2011-PHD/TC, F.J. 15)  De allí que, si la autoridad pública no ha cumplido con justificar su negativa siguiendo los parámetros señalados anteriormente, rige el principio de máxima divulgación (también llamado, de máxima publicidad) de la información solicitada.  Sin embargo, cuando acudimos al marco legal para determinar si la información solicitada configura una excepción, vemos que estas no han sido definidas adecuadamente, no han sido definidas o han sido definidas pero por normas infralegales, contraviniendo al TUO de la Ley Nº 27806. Como por ejemplo:  Secreto bancario: solo se menciona que el busca garantizar la confidencialidad de las operaciones bancarias que una persona pudiera realizar con cualquier ente del sistema bancario o financiero.[[1]](#footnote-1)  Reserva tributaria: se indica que busca garantizar la confidencialidad de la cuantía y la fuente de las rentas de una persona, así como sus gastos, su base imponible o cualquier otro dato relativo a ellos, cuando estén contenidos en declaraciones e informaciones que obtenga la Administración Tributaria de sus contribuyentes, responsables o terceros.[[2]](#footnote-2)  Secreto comercial, industrial o tecnológico: se precisa que busca proteger la información usada en alguna actividad productiva, industrial o comercial, que sea susceptible de transmitirse a un tercero y cuya divulgación pueda ocasionar un perjuicio a la empresa. De acuerdo con lo dispuesto en la Decisión N° 486, que establece el régimen común sobre propiedad industrial de la Comunidad Andina,[[3]](#footnote-3) esta información debe ser:     * Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; * Tener un valor comercial por ser secreta; y * Haber sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.   Secreto empresarial: se dice que podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios (artículo 140° Decisión N° 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial)  Secreto bursátil: se establece que garantiza la protección de la información sobre los compradores o vendedores de los valores transados en bolsa o en otros mecanismos centralizado. (artículo 45° de la Ley del Mercado de Valores) [[4]](#footnote-4)  Cabe recordar que, para establecer adecuadamente excepciones al derecho de acceso a la información públicas, estas deben cumplir con lo siguiente[[5]](#footnote-5):  1.- Contenida de manera expresa **en una ley**  2.- Perseguir un **fin legítimo**  3.- Ser **necesaria y proporcionada** en una sociedad democrática |
| Áreas de oportunidad  (¿Qué hace falta para mejorar el derecho de acceso en el tema a discusión? – Nuevos Retos) | * Desarrollar pautas para definir qué y cómo se configuran los diversos derechos económicos y/o comerciales, y cuándo se realiza un ejercicio legítimo o regular de esta limitación. * Determinar la pertinencia de que estos criterios sean incorporados en las legislaciones sobre transparencia y acceso a la información de los países integrantes de la RTA. |
| Precedentes o criterios  (Cómo se ha resuelto el tema en su país o Institución) | A la fecha, el Tribunal Constitucional ha emitido pocas sentencias sobre el tema. Al respecto, podemos destacar la recaída en el Expediente N° 04407-2007-PHD/TC, en donde indicó que no es información confidencial protegida por el secreto bancario y, por ende, pública:   * La declaración jurada de bienes, rentas e ingresos de funcionarios públicos del Estado relativa a todos aquellos ingresos provenientes del sector público y los bienes (muebles e inmuebles) registrales, contenida en la sección primera de dicha declaración jurada.   En el caso, este documento fue denegado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones alegando que se trataba de información confidencial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15° del Decreto Supremo N° 080-2001-PCM, que regula la publicación de la declaraciones juradas de funcionarios del Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que:  Con relación a la información detallada de los bienes muebles e inmuebles de los funcionarios y servidores públicos, este Colegiado considera que, en tanto estos bienes pueden ser registrados y consecuentemente, dicha información goza de publicidad registral y puede ser obtenida mediante dichos mecanismos; la disposición al público de dicho extremo de la sección primera de las declaraciones juradas tampoco constituye una lesión al derecho fundamental a la intimidad personal. […]  […] Situación similar se produce respecto de los ingresos y bienes provenientes del sector público que deberá declarar el funcionario o servidor público, ya que dicha información debe ser de posible acceso a través de los portales de transparencia de la entidad responsable, información que deberá ser completa y actualizada. Así pues, este Colegiado considera que en lo relativo a la difusión de todos aquellos bienes e ingresos provenientes del sector público, no se afectaría el derecho constitucional a la intimidad personal.[[6]](#footnote-6) |

* **Procedimiento para las conclusiones:**

Una vez que se tenga la información de todos los países, cada uno de ellos deberá emitir sus propias conclusiones y proponer una conclusión general para el Grupo de Jurisprudencia y Criterios Administrativos.

El INAI, como moderador del Debate, elaborará un análisis de todas las propuestas y emitirá un criterio único que enviará a consideración de los países miembros para reflejar la posición que tiene el grupo en el tema.

| “Afectación de derechos económicos y comerciales de terceros por la entrega de información pública ¿corresponde, o es conveniente, bilateralizar el trámite?” | |
| --- | --- |
| Conclusiones por País |  |
| Criterio Propuesto  (Conclusión para el Grupo) |  |

1. Artículo 140 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702. Ver también: CFR. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias recaída en el Expediente N° 1219-2003-HD/TC y en el Expediente N° 04407-2007-PHD/TC. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 85° del Código Tributario. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decisión N° 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Artículo 260. Es importante señalar que el Decreto Legislativo N° 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, también desarrolla en concepto de secreto comercial en su Quinta disposición complementaria, transitoria y modificatoria. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 45° de la Ley del Mercado de Valores. Decreto Legislativo N° 861 [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 13.2 de la Convención Americana y Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros. párr. 77, 89, 90, 98, 120 y 137 [↑](#footnote-ref-5)
6. CFR. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 04407-2007-PHD/TC, Fundamentos Jurídicos 20 y 21. [↑](#footnote-ref-6)