



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010302122019

Expediente : 00151-2019-JUS/TTAIP
Impugnante : DIEGO ABRAHAM CARBAJAL SHUÑA
Entidad : Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 14 de mayo de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00151-2019-JUS/TTAIP de fecha 4 de abril de 2019, interpuesto por el ciudadano **DIEGO ABRAHAM CARBAJAL SHUÑA** contra la Carta N° 281-2019-VIVIENDA/SG-OAC-AIP¹ notificada por correo electrónico con fecha 29 de marzo de 2019, mediante la cual el **MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO**² denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada con Registro N° 39990-2019 de fecha 15 de marzo último.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 15 de marzo de 2019 el recurrente solicitó al Ministerio de Vivienda la siguiente información:

1. El pedido u orden de contratación y términos de referencia del área usuaria que requirió la contratación de la ingeniera Luz Baltazara Ramos Lorenzo.
2. El pedido u orden de contratación y términos de referencia del área usuaria que requirió la contratación del ingeniero Juan Carlos Flores Cárdenas.
3. Las órdenes de servicio, los contratos y las actas de adjudicación de los procesos de selección de los referidos profesionales.

Mediante correo electrónico de fecha 29 de marzo de 2019 se notificó al recurrente la Carta N° 281-2019-VIVIENDA/SG-OAC-AIP³ a través de la cual la entidad denegó la entrega de la información solicitada, argumentando que esta se encuentra relacionada con el Contrato de Elaboración del Expediente Técnico Definitivo del Centro de Convenciones de Lima suscrito con la empresa Constructora OAS S.A. Sucursal Perú, por lo que al encontrarse en trámite dos procesos arbitrales con dicha empresa, su publicidad podría afectar la estrategia de defensa a adoptarse.

Con fecha 1 de abril de 2019 el recurrente presentó el recurso de apelación materia de análisis manifestando un irregular y arbitrario actuar por parte de la entidad al denegar la información solicitada, agregando que la documentación requerida no se

¹ Que contiene el Memorándum N° 366-2019-VIVIENDA/OGA-OACP y anexos.

² En adelante, Ministerio de Vivienda.

³ La cual se fundamenta en los Memorandos N° 366-2019-VIVIENDA/OGA-OACP y 515-2018-VIVIENDA-PP.

encuentra comprendida en alguna de las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia, pues la información no ha sido elaborada por los asesores jurídicos de la entidad, sino que corresponde a un proceso público de contratación. Añade que la entidad no ha precisado la forma o razón por la cual dichos documentos revelarían la estrategia de defensa a adoptarse.

Mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2019 la entidad remitió su descargo⁴ señalando que el recurrente desde el mes de mayo de 2018 viene realizando diversos pedidos de información relacionados con el Contrato de Elaboración del Expediente Técnico Definitivo, Ejecución de la Obra y Equipamiento del Proyecto - LP N° Prov.001-MVCS/OIM-2013 – Instalación de un Centro de Convenciones en Lima Perú.

Agrega haber tomado conocimiento de la vinculación del recurrente con el apoderado de la empresa Constructora OAS S.A. Sucursal del Perú, con la cual mantiene dos (2) procesos arbitrales en trámite, motivo por el que la información solicitada no puede ser proporcionada, en la medida que la totalidad de los documentos que componen las bases, términos de referencia, contratos, registros, informes legales, informes técnicos, elaborados u obtenidos para dicho proyecto, entre otros, constituyen fuente de prueba para elaborar la estrategia de defensa de la entidad.

Refiere que, si bien los pedidos de información no requieren ser motivados, la conducta del recurrente evidencia un interés que va más allá del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, considerando las diversas solicitudes relacionadas con los procesos arbitrales en trámite con la empresa Constructora OAS S.A. Sucursal del Perú, por lo que se debe ponderar la protección del interés público con la reserva de dicha información por encima del derecho invocado por el solicitante.

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, exceptuando las 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° 043-2003-PCM⁵, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10° de la citada norma 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 primer y segundo párrafo del artículo 13° de la Ley de Transparencia, modificada por el Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública,

⁴ Requerimiento realizado mediante la Resolución N° 010101922019 de fecha 29 de abril de 2019.

⁵ En adelante, Ley de Transparencia.

Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses⁶, establece que la entidad de la Administración Pública no podrá negar la información solicitada basando su decisión en la identidad del solicitante.

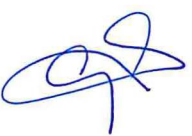
Asimismo, el primer párrafo del artículo 18° de la referida norma señala que los casos establecidos en los artículos 15°, 16° y 17° del mismo texto son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

Con relación a la información relacionada con el manejo de fondos públicos, el numeral 3 del artículo 5° de la Ley de Transparencia dispone que las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente la difusión a través de internet de la información correspondiente a las adquisiciones de bienes y servicios que realicen, incluyendo los montos comprometidos, proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos. Asimismo, el artículo 25° del referido texto establece que toda entidad de la Administración Pública publicará trimestralmente información sobre su presupuesto, proyectos de inversión pública en ejecución, personal, la contenida en el registro de procesos de selección de contrataciones y adquisiciones y los progresos realizados en los indicadores de desempeño establecidos en los planes estratégicos institucionales o en los indicadores que les serán aplicados.

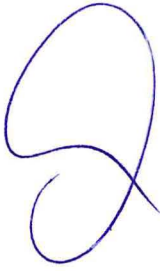
2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente constituye el supuesto de excepción previsto por el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia.

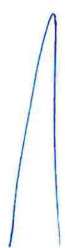
2.2 Evaluación



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.



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"*.



Por su parte, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley de Transparencia, en el sentido de la progresiva difusión a través de internet de las adquisiciones de bienes y servicios que realicen las entidades, incluyendo el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos, resulta ilustrativo lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 06460-2013-PHD/TC, al precisar que el escrutinio público de las adquisiciones

⁶ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, conforme el siguiente texto:

"En la medida que el Estado está al servicio de la ciudadanía cuyos gestores se encuentran obligados a divulgar el sentido de sus decisiones, así como sus acciones de manera íntegra y transparente, el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, tanto más en un contexto en el que la ciudadanía percibe que los recursos públicos no son utilizados eficientemente. Y es que tan importante como el control del gasto público que realiza la Contraloría, es el desarrollado por la ciudadanía en aras de su propio desarrollo económico y social". (subrayado nuestro).

A mayor abundamiento sobre este tema, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 19 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00020-2003-AI/TC, lo siguiente:

"(...) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario". (subrayado nuestro).

Por otro lado, con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública regulada en el artículo 18° de la Ley de Transparencia, en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"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 nuestro).

En ese sentido, resulta claro que la información relacionada con la utilización de recursos públicos para la contratación de un servicio en favor del Estado tiene naturaleza pública, correspondiendo a cada entidad acreditar, de ser el caso, la existencia de un supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, con relación al argumento del Ministerio de Vivienda, en el sentido que el recurrente es una persona vinculada al apoderado de la Constructora OAS S.A. Sucursal del Perú, empresa con la que según sostiene mantiene dos (2) procesos arbitrales en trámite, es pertinente señalar que el primer párrafo del

artículo 13° de la Ley de Transparencia establece que las entidades de la Administración Pública a las que se les solicite información no podrán negarla basando su decisión en la identidad del solicitante, por lo que no resulta atendible el argumento formulado por la entidad en este extremo.

Asimismo, sobre a la reiterada presentación de solicitudes de acceso a la información pública por parte de un administrado respecto a un tema o documentación específica, la legislación sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública no prevé dicha circunstancia como un supuesto de excepción al ejercicio del citado derecho, por lo que la denegatoria de la respectiva solicitud en virtud a dicha circunstancia no se encuentra amparada por la ley.

En cuanto a la tesis formulada por la entidad, en el sentido que publicidad de la información solicitada por el recurrente podría evidenciar su estrategia de defensa en los procedimientos arbitrales que mantiene con la Constructora OAS S.A. Sucursal Perú, cabe señalar que el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia establece que es considerada información confidencial aquella preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial.

En cuanto a ello, conforme se advierte del citado texto, la referida excepción exige la configuración de los siguientes requisitos:

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

Siendo ello así, tal como lo dispone el artículo 18° de la referida norma, al constituir las excepciones previstas en la ley una limitación a un derecho fundamental, su interpretación debe realizarse de manera restrictiva.

En tal sentido, este colegiado entiende que para la configuración del referido supuesto de excepción la norma exige la concurrencia simultánea de los citados requisitos, siendo evidente que la información en cuestión debe estar contenida en un documento creado por la entidad o que se encuentre en su posesión.

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

Adicionalmente, resulta evidente que la citada excepción no se configura sobre cualquier tipo de información, sino que esta debe corresponder a una estrategia de defensa de la entidad, es decir, el documento requerido debe ser susceptible de revelar la aludida estrategia de defensa.

Finalmente, la norma exige la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, en el cual se pueda desplegar, aplicar y desarrollar dicha estrategia.

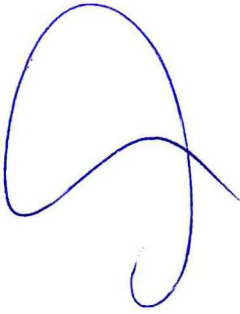
En el presente caso se tiene que, si bien la entidad ha presentado una copia del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral para la solución de una controversia relacionada con la ejecución del Proyecto *"Instalación de un Centro de Convenciones en Lima-Perú"*, la información solicitada por el recurrente corresponde a la contratación de servicios de terceros en favor de la entidad mediante convocatorias públicas siendo evidente que, los términos de referencia, órdenes de servicios, contratos suscritos y las actas de adjudicación de los respectivos procesos, no corresponden a documentos elaborados u obtenidos por los abogados o asesores legales de la entidad que evidencien una estrategia de defensa en los aludidos procedimientos arbitrales.

Cabe anotar con relación a la excepción vinculada a la revelación de la estrategia legal de defensa de una entidad pública que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05549-2015-PHD/TC, lo siguiente:

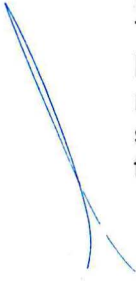
"(...) A criterio de este Tribunal, dicho límite será entendido correctamente desde una interpretación tuitiva del derecho invocado, como corresponde ante solicitudes de información de documentación emitida o actuada al interior de procesos judiciales o arbitrajes en trámite, que en cada caso se señale y evalúe si lo solicitado, al ser entregado, revelaría la estrategia legal desarrollada por los letrados a cargo de la defensa de los intereses de las entidades públicas, pues la distinción casuística asegura que el ciudadano pueda fiscalizar el actuar del Estado" (subrayado nuestro).



En esa línea, de autos se advierte que el Ministerio de Vivienda no ha demostrado la existencia conjunta de los cuatro requisitos exigidos por la referida norma para calificar como confidencial la información solicitada por el recurrente, no obstante que le corresponde la carga de acreditar el supuesto de excepción alegado, más aún cuando la documentación relacionada con la contratación de servicios mediante una convocatoria pública -valga la redundancia- tiene naturaleza pública, conforme con lo dispuesto por los artículos 5° y 25° de la Ley de Transparencia.



En cuanto a la tesis de la mayor ponderación que debe realizar este Tribunal del interés público de protección de la información considerada por la entidad como confidencial sobre el derecho invocado por el recurrente, es pertinente señalar que dicha ponderación precisamente se encuentra prevista en la Ley de Transparencia, pues los supuestos de excepción contenidos en los artículos 15° a 17° de la citada ley corresponden a la protección de ciertos derechos individuales y colectivos superiores al derecho personal de acceso a la información pública, tal como ocurre con la información secreta, reservada y confidencial, supuestos que no han sido acreditados por la entidad en el presente caso.



Finalmente, en virtud de señalado por el artículo 30° 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.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° y en el numeral 1 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1353.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **DIEGO ABRAHAM CARBAJAL SHUÑA**, debiendo **REVOCARSE** lo dispuesto por el **MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO** mediante la Carta N° 281-2019-VIVIENDA/SG-OAC-AIP; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información pública solicitada por el recurrente, previo pago de los costos de reproducción de ser el caso.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

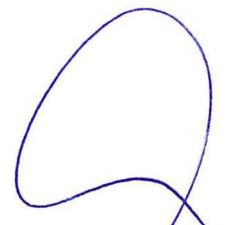
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al ciudadano **DIEGO ABRAHAM CARBAJAL SHUÑA** y al **MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO** de conformidad con lo previsto en el artículo 18° de la norma antes citada.

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



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

