



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010302292019

Expediente : 00207-2019-JUS/TTAIP
Impugnante : **CÉSAR ANTONIO MONTERO VÁSQUEZ**
Entidad : **MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y
SANEAMIENTO**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 22 de mayo de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00207-2019-JUS/TTAIP de fecha 24 de abril de 2019, interpuesto por el ciudadano **CÉSAR ANTONIO MONTERO VÁSQUEZ** contra la Carta N° 323-2019-VIVIENDA/SG-OAC-AIP, notificada por correo electrónico de fecha 17 de abril del año en curso, mediante el cual el **MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada con Registro N° 48675-2019 de fecha 1 de abril del año en curso.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 1 de abril de 2019, el recurrente solicitó a la referida entidad la entrega de diversos memorandos, informes técnicos, actas y convenios elaborados entre los años 2016 y 2017¹.

Mediante correo electrónico de fecha 17 de abril de 2019 se notificó al recurrente la Carta N° 323-2019-VIVIENDA/SG-OAC-AIP² mediante la cual la entidad denegó la entrega de la documentación solicitada, al considerar que esta contiene información confidencial que afectaría la estrategia a adoptarse en la tramitación de la defensa en los procesos arbitrales que sigue con la Constructora OAS S.A.C.

¹ El administrado solicitó copia de los siguientes documentos:

- Informe Técnico N° 033-2017-VIVIENDA-OGA/lfiguerola.
- Memorando N° 174-2017-VIVIENDA-OGA y anexos de fecha 9 de febrero de 2017.
- Memorando N° 203-2017-VIVIENDA-OGA y anexos de fecha 16 de febrero de 2017.
- Informe N° 1624-2016-VIVIENDA/VMVU/PNC.
- Memorando N° 1717-2016-VIVIENDA-OGA.
- Memorando N° 1634-2016-VIVIENDA/VMVU-PNC y antecedentes.
- Informe N° 037-2016/VIVIENDA-OGA-OACP/CONTROL PATRIMONIAL.
- Informe Técnico N° 487-2016/PNC/P-CENTRO DE CONVENCIONES-cgranda.
- Memorando N° 862-2017-VIVIENDA/VMVU/PNV y anexos.
- Memorando N° 1972-2016-VIVIENDA/VMVU/PNC y anexos.
- Informe N° 810-2016-VIVIENDA/OGAJ.
- Convenio N° 298-2016-VIVIENDA.
- Actas de devolución de ambientes y mobiliario LCC N° IOSCO-05 de fecha 13 de mayo de 2016 y LCC de fecha 14 de septiembre de 2016 (Memorando N° 1895-2016-VIVIENDA-OGA).

² La cual se fundamenta en los Memorandos N° 116-2019-VIVIENDA/OGA-OGAJ, N° 865-2019-VIVIENDA-OGA y N° 522-2019-VIVIENDA-PP

Con fecha 24 de abril de 2019 el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, alegando que la entidad no precisa la razón por la cual los documentos requeridos podrían revelar alguna estrategia legal, agregando que la información solicitada no ha sido elaborada por abogados o asesores de la Oficina General de Asesoría Jurídica o la Procuraduría Pública, sino por otras áreas, por lo que no deben ser considerados como confidenciales.

Mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2019 la entidad remitió su descargo³ señalando que el tipo de información que solicita el recurrente corresponde a la gestión interna que por lo general no son del conocimiento de terceros, refiriendo que es extraño que en la solicitud de los documentos se haya precisado cada documento elaborado y ello debe ser valorado por el Tribunal.

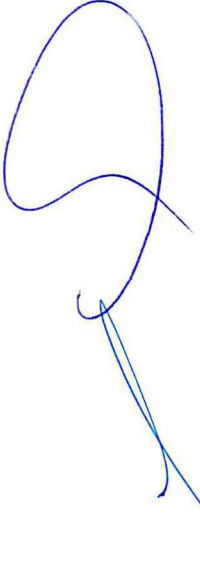
Refiere también que diversas personas ajenas al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento de manera reiterada vienen intentado acceder a información confidencial referida a los contratos celebrados para la construcción del Centro de Convenciones en Lima desde que se sometió a arbitraje la controversia surgida con la empresa OAS S.A.C., debiendo considerarse que son dos los arbitrajes en giro, para lo cual adjunta copias de las actas de instalación.

Agrega que los documentos solicitados vienen siendo utilizados y analizados por la entidad para elaborar su estrategia de defensa en ambos procesos arbitrales, e inclusive al haber sido sometida la controversia a un Tribunal Arbitral, es claro que, en tanto esta no concluya, las partes involucradas en el mismo, y la información que viene siendo utilizada en los arbitrajes, sea como medios probatorios, o como base de los peritajes de parte ofrecidos o que podrían realizar, no pueden ser reveladas a personas ajenas a dicha controversia, en tanto no se resuelva de manera definitiva la controversia.

Asimismo señala que su entidad viene recibiendo más de diez pedidos de información vinculado al contrato objeto de la controversia de los dos procesos arbitrales seguidos con la empresa OAS S.A.C., entre ellos los realizados por Diego Carbajal Shuña, Jessica Jusdith Mejía Rospigliosi, Amanda Milagros Alama Albornoz y el recurrente, personas que usan los mismos formatos, sosteniendo que ello hace suponer que el interés del solicitante va más allá del ejercicio del derecho que todo ciudadano tiene de acceder a 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, 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° de la Ley de Transparencia 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.

Asimismo, 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

³ Requerimiento realizado mediante la Resolución N° 010102132019 de fecha 8 de mayo de 2019.

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, modificada por el 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 Intereses⁴, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley.

Respecto a las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el numeral 4 del artículo 17° de la norma citada establece que es información confidencial: *"La información 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, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso"*.

Además, el primer párrafo del artículo 18° de la Ley de Transparencia señalada 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 solicitada por el recurrente es de naturaleza confidencial exceptuada del derecho de acceso a la información pública, según lo dispuesto en 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 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

4 En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

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).

Ahora bien, con relación al argumento expuesto por la entidad en su escrito de descargo, en el sentido que el pedido de documentación específica por parte del recurrente y la reiterada presentación de solicitudes de acceso a la información por parte de otros ciudadanos que pretenden acceder a información sobre los contratos celebrados para la construcción del Centro de Convenciones de Lima resulta extraño, se debe indicar 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 los alegatos antes mencionados no resultan amparables por este colegiado.

En cuanto a la tesis formulada por la entidad para denegar el pedido del recurrente en el sentido que publicidad de la información solicitada por el recurrente podría evidenciar su estrategia de defensa en dos procedimientos arbitrales, 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.

Con relación a la excepción vinculada a la revelación de la estrategia legal de defensa de una entidad pública, 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 esos sentidos el supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia exige el cumplimiento simultáneo 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 esa línea, este colegiado entiende que para la configuración del referido supuesto de excepción la información requerida 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.

Además, 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 la entidad ha presentado dos copias incompletas - 3 folios en total - de las Actas de Instalación del Tribunal Arbitral de fechas 4 de agosto de 2015 y 13 de diciembre de 2016, advirtiéndose incluso que en esta última no se aprecia el tema o cuestión de arbitraje.

Ahora bien, de la información solicitada por el recurrente, se aprecia que sólo un documento hace referencia expresa a un informe sobre un Centro de Convenciones⁵, no existiendo evidencia que los demás documentos requeridos correspondan, efectivamente, a información relacionada con la construcción del Centro de Convenciones aludido por la entidad, que estos hayan sido elaborados y obtenidos por los asesores jurídicos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, y que dicha documentación contenga la estrategia de defensa y/o haya sido incorporada en los procesos arbitrales referidos por la entidad, no obstante que le corresponde acreditar el supuesto de excepción alegado.

Cabe anotar de modo referencial que en la documentación solicitada por el recurrente se incluye dos actas de devolución de ambientes y mobiliario, no existiendo evidencia alguna que la entrega de ambientes y mobiliario se encuentre relacionado con los citados procesos de arbitraje.

⁵ Informe Técnico N° 487-2016/PNC/P-CENTRO DE CONVENCIONES-cgranda.

En efecto, de autos se advierte que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento 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, en consecuencia, al no haberse desvirtuado el principio de publicidad ni acreditado el supuesto de excepción alegado por la entidad, corresponde la entrega de la información solicitada por el recurrente

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 **CÉSAR ANTONIO MONTERO VÁSQUEZ**; en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO** que entregue la información pública solicitada por el recurrente, previo pago de los costos de reproducción de ser el caso.

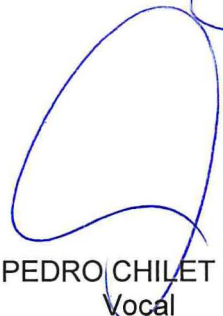
Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

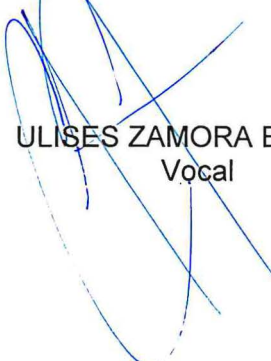
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente a **CÉSAR ANTONIO MONTERO VÁSQUEZ** 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