Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

PRIMERA SALA

Resolución N° 010304202020

Expediente	:	00045-2020-JUS/TTAIP
Recurrente	:	**HILDA VIVIANA SÁNCHEZ ALFARO**
Entidad	:	**AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSION**
Sumilla	:	Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 6 de julio de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 000045-2020-JUS/TTAIP de fecha 9 de enero de 2020, interpuesto por **HILDA VIVIANA SÁNCHEZ ALFARO** contra el correo electrónico de fecha 30 de diciembre de 2019, mediante el cual la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSION** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada por la recurrente con Registro N° E011912020 de fecha 19 de diciembre de 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 11 de diciembre de 2019, la recurrente presentó a la entidad una solicitud de acceso a la información pública con Registro N° E011911617, mediante la cual requirió el Modelo Económico Financiero Final, con el cual se aprobó la Versión Final del Contrato Innominado de Prestación de Servicios de Seguridad Tecnológica en Prisiones.

A través de correo electrónico de fecha 17 de diciembre de 2019, la entidad comunicó a la impugnante que la información solicitada ostentaba carácter confidencial, conforme a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1362, Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos[1], la cual señala que "*[l]a información vinculada a las evaluaciones económico financieras, que sirvan para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción, que forme parte del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas, se encuentra sujeta a la excepción del ejercicio del derecho de acceso a la información, por calificar como información confidencial, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia (...)*".

[1] En adelante, Decreto Legislativo N° 1362.

Con fecha 19 de diciembre de 2019, la recurrente presentó la misma solicitud de acceso a la información pública a la entidad, con Registro N° E011912020, pero precisando que requería el modelo económico financiero final sin la información sobre las variables de competencia, con el cual se aprobó la versión final del contrato innominado de prestación de seguridad tecnológica en prisiones, recibiendo como respuesta el correo electrónico de fecha 30 de diciembre de 2019, mediante el cual la entidad denegó la entrega de esta documentación, reiterando que tenía carácter confidencial, en el marco de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1362.

Con fecha 9 de enero de 2020, la recurrente presentó un recurso de apelación contra la respuesta a su solicitud con Registro N° E011912020[2], señalando que, pese a haber precisado en una nueva solicitud que requería el modelo económico financiero final sin las variables de competencia, la entidad le denegó la misma, sin una motivación adecuada por lo que la decisión de la entidad es nula de pleno derecho. Asimismo, refirió que tanto el modelo económico financiero como los estudios económicos financieros, constituyen requisitos para la elaboración de la Versión Inicial del Contrato del proyecto en la fase de estructuración, constituyendo ambos, en el marco de la legislación de la materia, información distinta., por lo que la información requerida no se encuentra dentro de los alcances de la información confidencial mencionada por la entidad

Mediante Resolución N° 010103752020 de fecha 9 de marzo[3], este Tribunal admitió a trámite el recurso de apelación presentado y solicitó a la entidad que formule sus descargos, los cuales fueron presentados el 2 de julio de 2020, mediante el Oficio N° 090-2020/PROINVERSION/SG, en el que reiteró, sobre la base del Informe N° 09-2020/DPDP/SSP[4], que el modelo económico financiero contiene información vinculada a evaluaciones económico financieras que determinan las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción[5], y que la excepción prevista en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1362 no distingue el nivel de estudio inicial o final de una información económica, abarcando ambas dentro de su ámbito de aplicación; independientemente de si el postor adjudicatario o el proponente han solicitado a la entidad la reserva de dicha información.

Además, refirió que motivó adecuadamente la denegatoria, al haber invocado expresamente la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1362, y que no es posible entregar el modelo económico financiero omitiendo las variables de competencia, ya que, dicha información en esos términos no existe, no tendiendo la obligación de producir o crear información con la que no cuenta o no tiene obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. Finalmente solicitó el uso de la palabra para sustentar su posición respecto al presente caso.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona goza del 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*

---

[2] Contenida en el correo electrónico de fecha 30 de diciembre de 2019.
[3] Notificada a la entidad el 12 de marzo de 2020.
[4] Adjuntado a sus descargos.
[5] En ese sentido, expuso que el modelo económico financiero "*(…) desde un inicio contiene información y las fórmulas utilizadas para el cálculo y la determinación de las mismas [las variables de competencia], alimentado, entre otros, por los diversos documentos que permiten hacer dicho análisis*".

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".

En ese marco, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia[6] establece que, en virtud del Principio de Publicidad, toda información que posea el Estado es de acceso ciudadano, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades públicas la obligación de entregar la información que demanden las personas.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 10 del mismo texto señala que "*[l]as 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 artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que "*[l]a denegatoria al acceso a la información solicitada debe estar debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de esta Ley (…)*". Añade el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo Nº 072-2003-PCM[7], que la denegatoria debe exponer las razones de hecho que la justifican.

Asimismo, el referido artículo 13 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 este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada".*

Respecto a las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia dispone que es confidencial "*[l]a información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones*" y el numeral 6 del referido artículo 17 establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de "*Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República".*

Asimismo, el artículo 18 del mismo cuerpo normativo establece que las causales de excepción contempladas en la citada ley son las únicas habilitadas para limitar dicho derecho, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva, debido a que se trata de una intervención a un derecho fundamental.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la información requerida se encuentra protegida por la excepción contenida en la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo Nº 1362.

---

[6] Aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, en adelante, Ley de Transparencia

[7] En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Previamente cabe señalar que durante el *"Estado de Emergencia Nacional declarado por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación como consecuencia del brote del COVID-19"*, a través del numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia Nº 026-2020, se suspendió por treinta (30) días hábiles, contados a partir del 16 de marzo de 2020, el cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo y negativo. Asimismo, atendiendo a que en virtud del artículo 1 del Decreto Supremo N° 076-2020-PCM, se prorrogó dicha suspensión por el término de quince (15) días hábiles contados a partir del 29 de abril del 2020; y, a que dicha suspensión fue nuevamente prorrogada mediante el artículo 1 del Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, la cual surte efectos hasta el 10 de junio de 2020; por lo que ha culminado la suspensión de plazos antes detallada, y habiéndose recibido los descargos de la entidad, esta instancia procede a emitir en la fecha la resolución correspondiente.

Atendiendo a lo dispuesto en las normas descritas y en aplicación del Principio de Publicidad, toda información en cualquier formato y grafía que posean las entidades públicas es de acceso público, siempre que haya sido elaborada por estas o que se encuentre bajo su poder, y que no esté dentro de las excepciones al derecho de acceso a la información pública.

Respecto a los efectos jurídicos del Principio de Publicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, las obligaciones de las entidades de fundamentar debidamente las denegatorias a las solicitudes de acceso a la información pública y de interpretar de manera restrictiva las causales de excepción: *"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 (STC N.° 02579-2003-HD/TC), de ahí que <u>las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas</u>"* (subrayado añadido).

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC ha señalado que la obligación de motivar debidamente las denegatorias, verificando el cumplimiento de las condiciones expuestas anteriormente, corresponde a los sujetos pasivos:

"Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en <u>exigir del Estado</u> y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que <u>justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada</u> 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; <u>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</u>" (subrayado añadido).

En el presente caso, conforme se aprecia de autos, la impugnante solicitó a la entidad "el modelo económico financiero final sin la información sobre las

variables de competencia, con el cual se aprobó la Versión Final del Contrato Innominado de Servicios de Seguridad Tecnológica en Prisiones", y la entidad negó dicha información por considerarla confidencial, al amparo de la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1362.

En el caso concreto, este colegiado considera que corresponde evaluar si la información solicitada se subsume en el supuesto normativo de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1362, que comprende los elementos de la excepción del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, es decir, si la información requerida está vinculada a evaluaciones económico financieras que determinen las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de un proceso de promoción que forma parte del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas y que consisten en deliberaciones previas a una de decisión de gobierno.

Al respecto, el referido Decreto Legislativo 1362 regula el marco institucional y los procesos para el desarrollo de proyectos de inversión bajo las modalidades de Asociación Público Privada y de Proyectos en Activos, cuyo numeral 20.1 del artículo 20 señala que las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados y pueden emplearse para la implementación, entre otros de proyectos en el servicio público de telecomunicaciones.[8] Estas asociaciones se originan por iniciativa estatal o por iniciativa privada[9].

El inciso 2 del numeral 4.1 del artículo 4 de la misma norma establece que en todas las fases vinculadas al desarrollo de dichos proyectos se aplica, entre otros, el principio de transparencia según el cual "*toda la información cuantitativa y cualitativa que se utilice para la toma de decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de un proyecto llevado a cabo en el marco del presente Decreto Legislativo, es de conocimiento público, bajo el principio de publicidad establecido en el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM, con las excepciones previstas en la normativa vigente*"; y el numeral 3.1 del artículo 3 dispone que los principios señalados en el artículo 4 del mencionado Decreto Legislativo se aplican a todas las fases del desarrollo de los proyectos en Asociaciones Público Privadas.

En este marco, el numeral 45.1 del artículo 45 del referido Decreto Legislativo N° 1362 señala que las iniciativas privadas constituyen un mecanismo por el cual, las personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeras, los consorcios de estas últimas, o los consorcios de personas naturales con personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeras, presentan iniciativas para el desarrollo de proyectos bajo la modalidad de Asociación Público Privada.

Según el portal web "Cartera de Proyectos – Inversiones estratégicas" de la entidad[10], el contrato al que hace referencia la impugnante corresponde al proyecto Prestación de Servicios de Seguridad Tecnológica en las Prisiones, iniciativa privada de carácter auto-sostenible, el cual consiste "*(…) en prestar el*

---

[8] Artículo 29,3 numeral 2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF, en adelante el Reglamento.

[9] Artículo 20.4 del Decreto Legislativo N° 1362

[10] Disponible en: https://www.proyectosapp.pe/default.aspx.

servicio de seguridad tecnológica a través de la instalación de bloqueadores o inhibidores de celulares y señal WiFi, así como la prestación del servicio de telefonía pública con una operación segura en 33 Establecimientos penitenciarios que forman parte del Sistema Penitenciario Nacional y que tienen cada uno más de 400 internos"[11].[12]

Dicha iniciativa privada fue declarada de interés con fecha 27 de setiembre de 2013, e incorporada a un proceso de promoción de la inversión privada, a cargo de la entidad, bajo la modalidad de Contrato Innominado de Prestación de Servicios (tipo de contrato previsto en el esquema de Asociación Público Privada[13]), y fue sometido a un proceso de oferta pública, resultando el consorcio PRISONTEC S.A.C. como adjudicatario de la buena pro el 30 de junio de 2014[14], habiéndose suscrito el contrato definitivo[15] el 17 de octubre de 2014 entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (contratante) y la empresa PRISONTEC S.A.C. (prestador), con intervención del Instituto Nacional Penitenciario[16].

Conforme aparece del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, a modo ilustrativo, los procesos de promoción de la inversión privada se desarrollan en 5 fases: Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual[17]. En el presente caso, se trata de un proceso de APP por iniciativa privada, regulada por los artículos 45 y siguientes de la mencionada norma.

En este marco, quienes presenten una iniciativa privada para el desarrollo de un proceso de APP, según los numerales 77.1 y 77.2 del artículo 77 del Decreto Legislativo N° 1362, deben cumplir con adjuntar, entre otros, los siguientes requisitos: (77.1) estados financieros que demuestren la capacidad financiera del proponente, constancias que sustenten la capacidad técnica y la experiencia del proponente para el desarrollo de proyectos de similar envergadura, la propuesta de cláusulas principales del Contrato, el modelo económico financiero del proyecto propuesto; la descripción del proyecto, proyección anual de ingresos, Inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados durante el ciclo de vida del proyecto, mecanismo de recuperación de las inversiones propuesto, identificación preliminar de riesgos, análisis de la demanda por el servicio que brinda el proyecto, estimación de costos de supervisión, evaluación económica financiera preliminar del proyecto como AP y estimación preliminar de los riesgos.

En estos procedimientos la mencionada fase de estructuración comprende el diseño del proyecto como Asociación Público Privada, incluida su estructuración

---

[11] Según se aprecia de la ficha del proyecto, en el cual se precisa que "*(…) la inversión del proyecto se recupera mediante el cobro de tarifas del servicio de telefonía pública, por lo que no contempla ningún tipo de co-financiamiento del Estado*". Disponible en: http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaProyecto.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=7226.

[12] Según la ficha del citado proyecto, su objetivo es "*(…) mejorar el sistema de comunicaciones públicas de los internos mediante la instalación del servicio de telefonía fija con el software necesario para su correcto funcionamiento y operación bajo condiciones de seguridad para los usuarios y destinatarios de las llamadas, con ello se busca controlar el flagelo de la extorsión telefónica desde las cárceles, la modernización de los Establecimientos Penitenciarios, y contribuir a la seguridad ciudadana*".

[13] En adelante, APP.

[14] Conforme se observa de los documentos del proceso, disponibles en: http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaProyecto.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=7226.

[15] Disponible en: http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/IP_005_2012/CONTRATO_INNOMINADO.pdf.

[16] Según se observa de la Nota de Prensa de la entidad, titulada "*Firman contrato de prestación de servicios de bloqueo de celulares y Wi-Fi en las cárceles*", de fecha 17 de octubre de 2014. Disponible en: http://www.proinversion.gob.pe/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?ARE=0&PFL=1&NOT=2851.

[17] Artículo 30.1 y 30.2 del Decreto Legislativo N° 1362

económico financiera, mecanismo de retribución en caso corresponda, asignación de riesgos y diseño del contrato, la que culmina con la publicación de la Versión Inicial del Contrato o de la Declaratoria de Interés, según corresponda.[18]

Para el diseño del proyecto y versión inicial del contrato se debe cumplir determinados requisitos entre los cuales se encuentran, según precisan los numerales 39.1 y 39.2 del artículo 39 del Decreto Legislativo N° 1362[19], los estudios técnicos, estudios económico financieros, informe que sustente la adecuada asignación de riesgos y evaluación de contingencias, modelo económico financiero que sustente el esquema de financiamiento y pagos del proyecto, e informe sobre el estado de terrenos necesarios para ejecución del proyecto.

Se advierte de los requisitos para la presentación ante la entidad de una iniciativa privada, así como de los requisitos para el diseño del proyecto y versión inicial del contrato en la fase de estructuración, que en las normas antes glosadas se establece por un lado "los estudios económicos financieros" o "evaluación económica financiera" y por otro el "modelo económico financiero" que sustente el esquema de financiamiento y pagos del proyecto, lo que nos lleva a concluir que se trata de documentación e información distinta.

Adicionalmente, de acuerdo al Informe N° 9-2020/DPP/SP, una institución pública a cargo de un proceso de promoción de inversión privada puede elaborar y desarrollar un modelo económico financiero, que difiere de los citados anteriormente, a efectos de determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de dicho proceso, no siendo dicho modelo de acceso ni siquiera el proponente o al adjudicatario[20].

Según la entidad, el modelo económico financiero con el cual se aprobó la Versión Final del Contrato del Proyecto Prestación de Servicios de Seguridad Tecnológica en las Prisiones, que fue materia de la solicitud de la impugnante, se encuentra en este último supuesto, señalando la entidad que no es posible su entrega porque contiene información vinculada a evaluaciones económico financieras que sirven para determinar las variables de competencia utilizadas para el diseño y estructuración del proceso de promoción de dicho proyecto, en el marco de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362.

Ahora bien, respecto a las variables de competencia, el numeral 13 del artículo 5 del Reglamento define el Factor de Competencia como *"la variable o conjunto*

---

[18] Artículo. 33.1 y 33.2 del Decreto Legislativo N° 1362

[19] *Artículo 39. Opinión previa a la Versión Inicial del Contrato en la fase de Estructuración*
39.1 En la fase de Estructuración, el Organismo Promotor de la Inversión Privada, elabora la Versión Inicial del Contrato y solicita las opiniones señaladas en el artículo 41.
39.2 El Reglamento determina los requisitos que debe cumplir el Organismo Promotor de la Inversión Privada para la elaboración de dicha Versión Inicial del Contrato, entre los cuales se encuentran, estudios técnicos, estudios económico financieros, informe que sustente la adecuada asignación de riesgos y valuación de contingencias, modelo económico financiero que sustente el esquema de financiamiento y pagos del proyecto, e informe sobre el estado de terrenos necesarios para ejecución del proyecto.

[20] Conforme se observa del párrafo 4.18 del citado informe: "*Por su parte, el numeral 36.4 del Reglamento del Decreto Legislativo Nro. 1362, al establecer que el postor adjudicatario y el proponente* ***pueden*** *solicitar la reserva de la información referida en el párrafo precedente [entre la que se encuentra el modelo económico financiero], se refiere a información elaborada y presentada por ellos. Sin embargo, la '****información vinculada a evaluaciones económico financieras' a que se refiere la Primera Disposición Complementaria Final hace referencia a la información que ha sido utilizada para determinar variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción****, los cuales son desarrollados y elaborados por el Estado; y, por tanto,* ***ni siquiera el proponente o el adjudicatario tienen acceso a la misma****, ya que es confidencial incluso para ellos, por lo que no podrían ser ellos quienes determinen su reserva*" [subrayado y negrita no son nuestras].

de variables por las cuales se comparan las ofertas técnicas y/o económicas presentadas por los postores en la etapa de concurso y que permite determinar al Adjudicatario del Proyecto". Podemos advertir que los términos factor de competencia y variable de competencia son usados como sinónimos y que estos consisten en aquellos criterios que el Estado define a lo largo del procedimiento y que servirán para determinar a cuál de los postores se otorgará la Buena Pro.

Dichas variables de competencia son incorporadas al Informe de Evaluación Integrado que elabora la entidad en la fase de estructuración del proyecto, en la que se elabora también la versión final del contrato. Este Informe de Evaluación es el instrumento metodológico para la toma de decisiones que determina que el proyecto es técnica, económica y comercialmente viable. Según el numeral 49.2 del artículo 49 del Reglamento el Informe de Evaluación que sustente la versión final del contrato debe incorporar la identificación y análisis de las condiciones de competencia el cual abarca las variables que conforman el Factor de Competencia y las variables que el Organismo Promotor de la Inversión Privada determine que tienen impacto directo significativo sobre las variables que conforman el Factor de Competencia.

En esta fase de estructuración se elaboran también las bases de la convocatoria las que, según lo dispuesto por el numeral 51.1 del artículo 51 del Reglamento contienen como mínimo, entre otros los componentes del Factor de Competencia del proceso de selección, los plazos para la presentación de consultas y comentarios a la versión inicial del contrato, los criterios de selección, los requisitos técnicos, legales y financieros solicitados a los postores y el procedimiento de impugnación a la adjudicación.[21]

De lo antes detallado es posible establecer que en la fase de estructuración se diseña el proyecto como APP, la versión inicial del contrato y se elaboran también las bases de la convocatoria, así como la declaración de interés, marco general en el que se produce la información vinculada a las evaluaciones económico financieras, que sirve para determinar las variables de competencia.

Posteriormente, conforme a lo establecido en el numeral 58.4 del artículo 58 del Reglamento, habiéndose emitido la Declaración de Interés y finalmente otorgada la buena pro el adjudicatorio de manera previa a la suscripción del contrato de APP, debe presentar el modelo económico financiero del proyecto conforme a los requisitos establecidos en las Bases del Proceso de Promoción. Añade este artículo que las propuestas y el modelo económico financiero vinculan al postor, quien es responsable por el íntegro de su contenido.

En lo que respecta a la confidencialidad de la información contenida en los procesos por iniciativas privadas, el numeral 45.6 del artículo 45 del Decreto Legislativo N° 1362 señala "los *Organismos Promotores de la Inversión Privada mantienen el carácter confidencial y reservado de las iniciativas privadas presentadas, bajo responsabilidad*" y que *"El carácter confidencial y reservado de las iniciativas privadas se mantiene hasta la publicación de la Declaratoria de Interés, con excepción de la información que debe ser publicada de acuerdo con lo que establezca el Reglamento".*

Siendo esto así, la norma antes referida exceptúa del principio de publicidad a las iniciativas privadas presentadas a los organismos promotores de la inversión privada, dándoles carácter de confidencial hasta la publicación de la declaratoria

[21] Artículo 52.1 del Reglamento.

de interés; en concordancia con la norma antes citada, el numeral 36.3 del artículo 36 del Reglamento, establece que "*La información que se produzca durante el diseño y estructuración, que no haya sido expuesta a los postores, vinculada a las evaluaciones económico financieras que sirvan para determinar las variables de competencia, goza del tratamiento de reserva establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley".*

Según se advierte de la normatividad mencionada, en primer término el Modelo Económico Financiero solicitado por la recurrente es un documento distinto a la información amparada por la norma de confidencialidad referida a las evaluaciones económico financieras, información esta última producida durante las etapas de diseño y estructuración del proceso de promoción de APP, en las cuales se encuentran la propuesta inicial de modelo económico financiero alcanzado por el proponente al presentar su proyecto, el modelo económico financiero propuesto por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, los estudios técnicos y económicos que lo sustentan y las variables de competencia que se establecen en la fase de estructuración, información que es confidencial hasta la publicación de la declaratoria de interés; lo que significa que a partir de dicho momento dicha información es pública.

De otro lado es necesario precisar que según la excepción invocada relacionada a las evaluaciones económicas y financieras que sirvan para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción, estas califican como información confidencial, *"de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia"*, el mismo que está referido a consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, es decir debe haber una decisión de gobierno en marcha o en proceso de adopción, contexto en el cual se produce la información cubierta por la excepción.

Sobre el particular, se advierte que la entidad no ha identificado cuál es la decisión de gobierno que se encuentra en proceso de adopción, en el cual se haya producido la información requerida, y en caso se considerara que esa decisión fue la suscripción del contrato administrativo del proyecto, se aprecia que dicho contrato se suscribió en octubre de 2014, por lo que no se cumple el requisito de guardar la reserva en forma previa a una decisión de gobierno, pues resulta evidente para este colegiado que no se encuentra pendiente adoptar decisión alguna que requiera mantener la reserva de la citada información.

Finalmente, no es amparable dentro de la excepción invocada denegar información sobre la base de su uso en posibles litigios. Si bien el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que las entidades públicas pueden denegar "*(…) 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 (…)*", dicha excepción exige como uno de sus requisitos concurrentes, la existencia de un procedimiento administrativo judicial o en trámite, en el cual se despliegue o aplique la referida estrategia, lo cual no se verifica en el presente caso, al haber la entidad hecho alusión a hipotéticos o

eventuales litigios en el Informe N° 09-2020/DPDP/SSP, adjunto a sus descargos[22].

Sin embargo, cabe señalar, que el numeral 36.4 del artículo 36 del Reglamento señala que el postor adjudicatario y el proponente pueden solicitar la reserva de la información prevista en el párrafo 58.4 del artículo 58 y el inciso 6 del párrafo 77.1 del artículo 77, conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM.

Sobre este extremo es pertinente mencionar que, conforme se ha señalado anteriormente, el referido numeral 58.4 del artículo 58 establece la obligación del adjudicatorio de presentar previo a la firma del contrato el modelo económico financiero del proyecto conforme a los requisitos establecidos en las bases del proceso de promoción, y la señalada en el inciso 6 del numeral 77.1 del artículo 77 del mismo texto legal dispone que las iniciativas privadas son presentadas adjuntando el modelo económico financiero.

Siendo esto así y estando a lo dispuesto en el antes mencionado artículo 36.4, el adjudicatario puede pedir la reserva del modelo económico financiero presentado con la iniciativa privada, así como el presentado después de la adjudicación de la buena pro y previamente a la firma de contrato; no obra sin embargo en autos ningún documento que acredite que el Consorcio PRISONTEC S.A.C. haya solicitado la reserva de dicho documento.

Finalmente la excepción invocada por la entidad también señala que la información que esta incursa en la excepción al acceso público debe además formar parte del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas; al respecto el numeral 20 del artículo 5 del Reglamento precisa que el Ministerio de Economía y Finanzas administra dicho registro, e "*(…) incorpora los contratos de APP, PA* [Proyectos en Activos]*, y los documentos previstos en la normativa vigente, que tiene como fin compilar la información de los proyectos de inversión de titularidad de las entidades de proyectos desarrollados mediante la modalidad de APP y PA. (…)*". Entre los documentos que conforman dicho registro se encuentran el modelo económico financiero de la APP del Organismo Promotor de la Inversión Privada, y el modelo económico financiero presentado por el Adjudicatario, conforme se aprecia de los incisos 5 y 6 del numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento previamente citado[23]. No obstante, en el presente proceso no se ha acreditado con documento alguno que la información solicitada se encuentre efectivamente en dicho registro.

Siendo esto así, cabe señalar que el artículo 18 de la Ley de Transparencia establece que solo es posible invocar como causal valida de exclusión aquella información que califique en los supuestos expresamente tipificados en la ley, señalando la propia norma de transparencia que las excepciones se rigen por el principio de interpretación restrictiva, es decir, no es posible derivar excepciones al acceso a la información pública a través de interpretaciones extensivas y

---

[22] Los otros requisitos concurrentes son 1) la existencia de cierta información que ha sido creada o se encuentra en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis, recomendaciones, entre otros; 2) que la información haya sido elaborada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública; 3) que la información corresponda a una estrategia de defensa de la entidad.

[23] "*Artículo 139. Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas*
139.1 En el marco del Registro Nacional de Contratos de APP, las entidades públicas comprendidas en el artículo 2 de la Ley, los OPIP, los organismos reguladores y el CPIP, tanto para los proyectos de APP como los PA, remiten a la DGPPIP del MEF, la siguiente información:
(…) 5. Modelo económico financiero de la APP del OPIP e informe técnico que lo sustente.
6. El modelo económico financiero presentado por el Adjudicatario. (…)".

menos aún de la analogía[24], no pudiendo establecerse restricciones por normas de inferior jerarquía.

De lo antes expuesto se establece que no se ha acreditado en autos que la información solicitada se encuentre incursa en la excepción prevista en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1362, al estar referida a información distinta a la estrictamente establecida en dicha excepción, no formar parte de un proceso deliberativo en curso previo a una decisión de gobierno ni estar inscrita en el Registro de Asociaciones Público Privadas a cargo del MEF.

Con relación a la solicitud de uso de la palabra presentada por la entidad, advirtiéndose que ésta ha presentado sus descargos por escrito durante la tramitación del presente procedimiento, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 18 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01147-2012-PA/TC, precisó que no constituye una vulneración del derecho a la defensa cuando en los procedimientos eminentemente escritos no haya sido posible la realización de un informe oral, conforme el siguiente texto:

"18.Sobre el particular es importante precisar que el recurrente cuestiona el hecho de que se le haya privado o impedido ejercer su derecho de defensa por medio del informe oral; sin embargo, ello no constituye una vulneración de este derecho constitucional toda vez que no significó un impedimento para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente,ya que este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del derecho constitucional de defensa del recurrente. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado en aplicación, a contrario sensu, del artículo 2º del Código Procesal Constitucional". (subrayado añadido)

En tal sentido, al no haberse vulnerado los derechos de debido procedimiento y de defensa que le asisten a la entidad, se desestima el pedido de uso de la palabra para el informe oral.

Finalmente, de conformidad con 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;

[24] Defensoría del Pueblo (2005) Informe Defensorial N° 96 Balance a dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la información Pública, Lima, p, 151.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **HILDA VIVIANA SÁNCHEZ ALFARO** contra lo dispuesto por la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSION,** mediante el correo electrónico de fecha 30 de diciembre de 2019; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información pública solicitada, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSION** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información pública a **HILDA VIVIANA SÁNCHEZ ALFARO.**

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 a **HILDA VIVIANA SÁNCHEZ ALFARO** y a la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSION**, 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).

PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente

MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal