



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020302072020

Expediente : 00475-2020-JUS/TTAIP
Recurrente : **DIEGO MARTÍNEZ BARRIGA**
Entidad : **PROVIAS NACIONAL**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 13 de agosto de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00475-2020-JUS/TTAIP de fecha 24 de junio de 2020, interpuesto por **DIEGO MARTÍNEZ BARRIGA** contra el correo electrónico de fecha 10 de junio de 2020 por el cual **PROVIAS NACIONAL** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 3 de junio de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 3 de junio de 2020, el recurrente solicitó¹ a la entidad la remisión por vía digital de una copia del Memorándum N° 074-2016-MTC/20 de fecha 22 de julio de 2016, emitido por el Director Ejecutivo de dicha entidad.

Mediante el correo electrónico de fecha 10 de junio de 2020, la entidad denegó el acceso a la referida información e indicó que debido a que esta se encuentra vinculada a un proceso de arbitraje, al amparo de la Resolución Directoral N° 406-2004-MTC/20, la información tiene carácter confidencial hasta la conclusión definitiva del proceso judicial, Contrato N° 156-2014-MTC/20.

Con fecha 24 de junio de 2020, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, señalando que el TUO de la Ley N° 27806 no establece ninguna excepción sobre arbitraje, el artículo 17 de dicha norma solo protege la estrategia de defensa del estado y no cualquier documento relacionado del proceso arbitral, la entidad no justificó cómo lo requerido forma parte de un proceso arbitral, ni indicó las partes, número de expediente o información de sustento, y que lo requerido está relacionado a la ejecución del Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia, el cual se ubica en los departamentos de Arequipa, Moquegua y Tacna y no tiene relación con el Contrato N° 156-2014-MTC/20, el cual versa sobre el “MEJORAMIENTO DE LA

¹ De autos se observa que el recurrente indicó que el 3 de junio de 2020 presentó inicialmente dicha solicitud al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, pero fue reencauzada por esta última a la entidad en la misma fecha.

CARRETERA RODRIGUEZ DE MENDOZA – EMP. PE-5N (LA CALZADA), TRAMO: SELVA ALEGRE – LA CALZADA (27,4 Km.) INICIO DE OBRAS: 23.MAR.15 CONTRATO DE OBRA N° 156-2014-MTC/20 SUSCRITO EL 30.DIC.2014”, conforme al siguiente enlace: <https://www.pvn.gob.pe/wp-content/uploads/2018/01/San20Martin20Junio2020151.pdf>.

Mediante Resolución N° 020101692020 de fecha 7 de julio de 2020, notificada a la entidad el 7 de agosto del mismo año, esta instancia le solicitó el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública, y la formulación de sus descargos, requerimientos que a la fecha de emisión de la presente resolución no han sido atendidos.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú² establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En este marco, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS³, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

A su vez, el artículo 10 de la Ley de Transparencia, 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 segundo párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental, precisando que no pueden establecerse excepciones a dicho derecho por una norma de menor jerarquía a la ley.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, modificado por el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 020-2020⁴, prescribe que en los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública.

² En adelante, Constitución.

³ En adelante, Ley de Transparencia.

⁴ En adelante, Decreto Legislativo N° 1071.

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁵, señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base razones de hecho y a las excepciones respectivas contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la información requerida se encuentra incurso en algún supuesto de confidencialidad regulado por ley.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

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

Con relación a dicho principio, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que: *“De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (STC N.º 02579-2003-HD/TC), de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas”*.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que les corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:

“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 agregado).

En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos

⁵ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

15 a 17 de la Ley de Transparencia, o en algún otro supuesto legal, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

De autos se observa que el recurrente requirió a la entidad la copia del Memorandum N° 074-2016-MTC/20 de fecha 22 de julio de 2016, emitido por el Director Ejecutivo de dicha entidad, y mediante el correo electrónico de fecha 10 de junio de 2020, la entidad denegó dicho pedido alegando lo siguiente:

“Asimismo, en atención a la solicitud de acceso a la información pública presentada y de acuerdo a lo informado por la Subdirección de Obras de Carreteras de Provias Nacional, la información solicitada a la fecha se encuentra vinculada a un proceso de arbitraje; por tanto, en amparo de la Resolución Directoral N° 406-2004-MTC/20 que se adjunta, la información solicitada se encuentra clasificada como información confidencial hasta la conclusión definitiva del proceso judicial (Contrato N° 156-2014-MTC/20)”.

Ante ello, el recurrente presentó el recurso de apelación alegando que la Ley de Transparencia no establece excepción alguna sobre arbitraje, que el artículo 17 de dicha norma solo protege la estrategia de defensa del Estado y no cualquier documento relacionado al proceso arbitral, que la entidad no justificó cómo lo requerido forma parte de un proceso arbitral, ni indicó las partes, número de expediente o información de sustento, y que lo requerido está relacionado a la ejecución del Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia, el cual se ubica en los departamentos de Arequipa, Moquegua y Tacna y no tiene relación con el Contrato N° 156-2014-MTC/20, el cual versa sobre el “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA RODRIGUEZ DE MENDOZA – EMP. PE-5N (LA CALZADA), TRAMO: SELVA ALEGRE – LA CALZADA (27,4 Km.) INICIO DE OBRAS: 23.MAR.15 CONTRATO DE OBRA N° 156-2014-MTC/20 SUSCRITO EL 30.DIC.2014”, conforme al siguiente enlace: <https://www.pvn.gob.pe/wp-content/uploads/2018/01/San20Martin20Junio2020151.pdf>. Además, que la entidad no brindó sus descargos a esta instancia.

En ese sentido, esta instancia concluye que en tanto la entidad no negó la existencia en su poder de la información requerida, corresponde analizar si lo requerido se encuentra dentro de algún supuesto de excepción previsto en la Ley de Transparencia.

En el caso de autos, se observa que la denegatoria de la entidad se justifica en que lo requerido está vinculado a un proceso de arbitraje, por lo que conforme a la Resolución Directoral N° 406-2004-MTC/20⁶, tiene carácter confidencial hasta la conclusión definitiva del proceso judicial. En dicho contexto, la citada Resolución Directoral establece lo siguiente:

“Artículo Primero.- Clasificar como Información Confidencial toda la información y/o documentación relativa y/o vinculada a los contratos en los que se hubiere solicitado el inicio o se encuentre en trámite uno o más procesos arbitrales destinados a dirimir controversias suscitadas de su ejecución.

⁶ En adelante, Resolución Directoral. Disponible en el siguiente enlace: http://www.proviasnac.gob.pe:81/Archivos/file/Transparencia/Informacion_Confidencial/Informacion%20Confidencial%20RD%20406-2004-MTC_20.pdf. Consulta realizada 13 de agosto de 2020.

Artículo Segundo.- *La clasificación como Información Confidencial será automática y se mantendrá vigente desde la recepción de la solicitud de arbitraje hasta el consentimiento del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, subsistiendo en caso se interponga Recurso de Anulación de Laudo ante el poder judicial, hasta la conclusión definitiva del proceso judicial.*

Artículo Tercero.- *Disponer que el funcionario responsable de actualizar el Portal de Transparencia de la Entidad incluya en dicho portal la relación de todos los procesos arbitrales, en forma que permita identificar la denominación del contrato y el nombre del contratista con el que existe litigio pendiente de resolver; así como la presente Resolución (...)* (subrayado agregado).

Al respecto, cabe debe indicar que, conforme al primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia, no puede establecerse una excepción al derecho de acceso a la información pública por una norma de menor jerarquía a la ley. Ello quiere decir, *contrario sensu* que es posible establecer otras excepciones al referido derecho fundamental, distintas a las establecidas en la Ley de Transparencia, siempre que estén contenidas en una norma con rango legal.

En el caso de autos, la justificación brindada por la entidad no se ajusta a dicha exigencia legal, en la medida que la denegatoria de la información se ha justificado en que una Resolución Directoral dispone la confidencialidad de la información relativa y/o vinculada a los contratos en los que se hubiere solicitado el inicio o se encuentre en trámite uno o más procesos arbitrales destinados a dirimir controversias suscitadas en su ejecución, y hasta la conclusión del procedimiento arbitral o el proceso judicial en el cual se solicite la nulidad del laudo emitido, en su caso. Al ser una norma de menor jerarquía a la ley, lo establecido en dicha resolución directoral no constituía una fuente legal válida para denegar la información requerida.

No obstante ello, este Tribunal aprecia que el Decreto Legislativo N° 1071 sí contiene una cláusula de confidencialidad referida a la información que se produce en un proceso arbitral. En efecto, de acuerdo al artículo 51 de dicho texto normativo, dicha confidencialidad se regula de la siguiente manera:

“Artículo 51.- Confidencialidad y publicidad

1. *Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.*

2. *Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.*

3. *En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte*” (subrayado agregado).

De acuerdo a esta norma, en el caso de los arbitrajes en los cuales el Estado no es parte existe una cláusula de confidencialidad que abarca la información

sobre el curso de las actuaciones arbitrales y su contenido, así como sobre el laudo, cláusula que obliga a todos los intervinientes en el referido proceso arbitral.

En el caso de los arbitrajes con el Estado, dicha confidencialidad tiene un límite temporal, determinado por la emisión del laudo, luego de lo cual, tanto las actuaciones arbitrales como el propio laudo son públicos, siempre que dicha información no se encuentre incurso en algún otro supuesto contemplado en la Ley de Transparencia.

A diferencia de lo establecido en la resolución directoral utilizada como sustento de la denegatoria de la información, el Decreto Legislativo N° 1071 ha establecido un límite temporal sobre la confidencialidad cuando se trate de arbitrajes con el Estado, que lo constituye la expedición del laudo, contrariamente a la resolución directoral que extendía la protección hasta la culminación del proceso judicial que se interponga para anular el laudo arbitral. Es decir, de conformidad con esta norma no basta que la entidad aluda a que la información está vinculada con un proceso arbitral, sino que es preciso que indique si dicho proceso arbitral se encuentra en curso o no, esto es, si se ha expedido o no el laudo.

En el caso de autos, en el correo electrónico de fecha 10 de junio de 2020 la entidad no indicó ni acreditó debidamente la existencia del aludido proceso arbitral, ni cómo lo requerido se vincula con ese proceso, ni si este se encuentra pendiente o si concluyó, lo que resultaba aún más necesario en la medida que si bien existe un portal de laudos y arbitrajes de la entidad, conforme lo exige el artículo tercero de la Resolución Directoral⁷, dicho portal no detalla a qué contrato está vinculado cada proceso arbitral ni en qué etapa se encuentra, por lo que el proceso arbitral referido al contrato sobre el cual el recurrente ha solicitado información debía consignarse de manera precisa en la respuesta brindada, así como el dato de si dicho proceso arbitral se encontraba en trámite o no.

Sin perjuicio de ello, es preciso destacar que el recurrente no ha solicitado información sobre el curso o el contenido de las actuaciones arbitrales o el laudo, en el supuesto de que el referido proceso arbitral existiese, sino el Memorandum N° 074-2016-MTC/20 de fecha 22 de julio de 2016, emitido por el Director Ejecutivo de dicha entidad, el cual según afirma el recurrente tiene relación con la ejecución del Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia, concesión que fue otorgada bajo los alcances de una Asociación Público Privada, regulada actualmente por el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, en cuyo numeral 2 de su artículo 4⁸ se recoge el principio de transparencia en los siguientes términos:

“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

⁷ Disponible en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/mtc/colecciones/410-laudos-y-procesos-arbitrales-del-ministerio-de-transportes-y-comunicaciones>. Consulta realizada el 13 de agosto de 2020.

⁸ Es preciso indicar que el aludido contrato de concesión se firmó bajo los alcances del derogado Decreto Legislativo N° 1012, en cuyo artículo 5 se recogía también el principio de transparencia en los mismos términos que la regulación actual.

Legislativo, es de conocimiento público, bajo el principio de publicidad establecido en el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, con las excepciones previstas en la normativa vigente”.

En consecuencia, en tanto la información sobre los procesos llevados a cabo bajo el alcance de una Asociación Público Privada tiene carácter público, corresponde declarar fundado el recurso de apelación y disponer la entrega de la información requerida al recurrente.

Finalmente, de conformidad con los artículos 30 y 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.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **DIEGO MARTÍNEZ BARRIGA**, por lo que se dispone **REVOCAR** el contenido del correo electrónico de fecha 10 de junio de 2020; en consecuencia, **ORDENAR** a **PROVIAS NACIONAL** que entregue al recurrente la información pública solicitada.

Artículo 2.- SOLICITAR a **PROVIAS NACIONAL** 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.

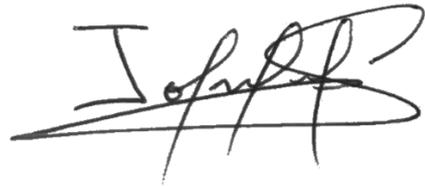
Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **DIEGO MARTÍNEZ BARRIGA** y a **PROVIAS NACIONAL** de conformidad con lo dispuesto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes indicada.

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

VANESA VERA MUENTE
Vocal Presidenta



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

vp: fjlf/jmr