



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

PRIMERA SALA

Resolución N° 010306812020

Expediente : 00819-2020-JUS/TTAIP
Recurrente : **MATÍAS ANDRÉ DEXTRE IZQUIERDO**
Entidad : **ELECTRO ORIENTE S.A.**¹
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 2 de octubre de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00819-2020-JUS/TTAIP de fecha 31 de agosto de 2020, interpuesto por **MATÍAS ANDRÉ DEXTRE IZQUIERDO** contra la comunicación contenida en el correo electrónico de fecha 25 de agosto de 2020, mediante la cual **ELECTRO ORIENTE S.A.** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 18 de agosto de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 18 de agosto de 2020, el recurrente solicitó a la entidad la entrega - vía correo electrónico - del *"contrato de suministro suscrito por Electro Oriente con Parque Fotovoltaico Iquitos S.A.C. y sus adendas"*.

Mediante el correo electrónico de fecha 25 de agosto de 2020, la entidad denegó la entrega de dicha información, sosteniendo que la misma tiene carácter confidencial, conforme al numeral 4 del artículo 17 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-JUS².

Con fecha 31 de agosto de 2020, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, alegando que la documentación requerida no se encuentra protegida por la excepción invocada por la entidad, agregando que dicha respuesta carece de una debida motivación.

Mediante los Documentos GGL-44-2020 y GGL-45-2020, recibidos por esta instancia con fecha 29 de setiembre y 1 de octubre de 2020, respectivamente, la entidad remitió sus descargos y el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública del recurrente³. A través de sus descargos, la entidad reitera los argumentos expuestos en el correo electrónico de

¹ Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A.

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ Requerimientos realizados mediante la Resolución N° 010106222020 de fecha 18 de setiembre de 2020, notificada con fecha 24 de setiembre de 2020, mediante la Cédula de Notificación N° 3952-2020-JUS/TTAIP.

fecha 25 de agosto de 2020, señalando que se encuentra vinculada a la solución de una controversia y adjunta diversa documentación como sustento.

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, 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 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.

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.

Por su parte, el artículo 10 del referido texto señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Finalmente, el numeral 4 del artículo 17 de la referida ley señala que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a 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, que termina al concluir el proceso.

2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la información solicitada por el recurrente es confidencial según lo previsto por la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Previamente al análisis del caso, cabe precisar que el artículo 2 de la Ley de Transparencia señala que se entiende por entidades de la Administración Pública a las señaladas en el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁴, incluyendo a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de una concesión, delegación o autorización del Estado conforme a la norma de la materia⁵.

De igual modo, el último párrafo del artículo 8 de la referida norma dispone que las empresas del Estado están sujetas al procedimiento de acceso a la información pública.

⁴ En adelante, Ley N° 27444.

⁵ Así, el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establece que se entenderá por entidad o entidades de la Administración Pública a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de una concesión, delegación o autorización del Estado conforme a la norma de la materia.

Asimismo, el artículo 9 de la Ley de Transparencia, precisa que las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce.

Teniendo en cuenta dicho marco normativo, se concluye que la entidad se encuentra dentro de los alcances de la Ley de Transparencia y la información requerida por el recurrente mediante su solicitud de acceso a la información pública de fecha 18 de agosto de 2020, corresponde a las materias descritas en el artículo 9 de la citada norma, puesto que versa sobre un contrato de suministro de servicio eléctrico que la entidad presta.

Sobre la información solicitada

Ahora bien, en virtud del Principio de Publicidad, previsto en el artículo 3 de la Ley de Transparencia, el acceso a la documentación en poder de las entidades públicas es la regla, mientras que la reserva es la excepción, conforme al razonamiento expuesto por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4 de su sentencia recaída en el Expediente N° 05812-2006-HD/TC, en el que señala que:

“(...) un Estado social y democrático de Derecho se basa en el principio de publicidad (artículo 39° y 40° de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. Excepcionalmente el acceso a dicha información puede ser restringido siempre que se trate de tutelar otros bienes constitucionales, pero ello debe ser realizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.

Concordante con ello, en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, dicho colegiado estableció que: *“(...) la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción”* (subrayado agregado).

Esto implica que, para justificar adecuadamente dicha negativa y, en consecuencia, desvirtuar el principio de máxima divulgación o publicidad que rige sobre toda la información que la entidad haya creado, obtenido o que se encuentre en su posesión o bajo su control, la Administración Pública tiene la obligación de brindar una *“motivación cualificada”*, como señaló el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC:

“6. Al no haberse fundamentado aunque sea mínimamente, las razones por las cuales el derecho a la privacidad de don Humberto Elías Rossi Salinas justificaría que dicha información se mantenga en reserva, es evidente que el proceder del ad quem ha sido arbitrario más aún si se tiene en consideración en virtud del mencionado principio de máxima divulgación, que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas.” (subrayado agregado)

Además, conforme al Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 950-00-HD/TC, el Tribunal Constitucional estableció que para denegar el acceso

a la información no es suficiente invocar una excepción prevista en la ley de la materia:

“[...] el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad.” (subrayado agregado)

En mérito de lo expuesto, podemos concluir que solo se podrá negar el acceso a la información pública si se sustenta en base a las excepciones expresamente contenidas en la Ley de Transparencia y se ha acreditado una afectación en base a razones de hecho, de lo contrario, se mantendrá la presunción de máxima publicidad y se deberá entregar la información requerida.

En el presente caso, de autos se observa que el recurrente solicitó el “*contrato de suministro suscrito por Electro Oriente con Parque Fotovoltaico Iquitos S.A.C. y sus adendas*”, en tanto, la entidad denegó su entrega por considerar que dicha información tiene carácter confidencial en virtud a la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Respecto a la excepción invocada por la entidad, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia señala 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.*”

Sobre el particular, para la aplicación de dicha excepción al derecho de acceso a la información pública, conforme se advierte del texto de la excepción, deben concurrir los siguientes requisitos:

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 los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;
3. Que la información corresponde 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.

En tal sentido, 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 que ha sido creado o se encuentra en posesión de la entidad.

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 de quien haya elaborado u obtenido la información que es materia del requerimiento.

Además, no basta lo antes mencionado para considerar que dicha información deba ser calificada como confidencial, puesto que la excepción no se configura sobre cualquier tipo de información, sino que esta debe necesariamente corresponder a una estrategia de defensa de la entidad, es decir, el documento requerido debe ser susceptible de revelar de alguna manera la aludida estrategia de defensa.

Finalmente, es insuficiente que la referida información sea obtenida por asesores jurídicos o abogados de la entidad y que corresponda a una estrategia de defensa, sino que además la ley exige la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, en el cual se pueda desplegar, aplicar y desarrollar dicha estrategia. Ello es así toda vez que la parte final de la referida norma señala expresamente que la confidencialidad de dicha información termina cuando el procedimiento concluye.

Por ello, del contenido del numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, se desprende que, si la confidencialidad cesa al concluir el procedimiento, resulta evidente que esta confidencialidad se mantiene durante el trámite del procedimiento o proceso respectivo, es decir, al no haberse acreditado que existe uno pendiente, no se cumple uno de los requisitos constitutivos de la excepción.

De allí que, a consideración de este colegiado, para la configuración de la citada excepción, se requiere necesariamente como presupuesto básico de su aplicación la existencia de un procedimiento administrativo o proceso judicial en trámite, en cuyo marco se preparan los informes por asesores jurídicos, en los que se despliega una estrategia adoptada que, requiere de una protección temporal mediante el establecimiento de una excepción a su acceso público.

Al respecto, la entidad mediante sus descargos ha reiterado que, la información solicitada por el recurrente se encuentra inmersa en la causal de excepción señalada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, bajo los siguientes términos:

“Sobre la referida solicitud señalado que al momento de la presentación de la solicitud (...), dicho Contrato se encuentra en solución de controversia, para lo cual se han emitido opiniones legales de asesores externos especializados donde se establece las estrategias sobre la validez y continuidad de dicho Contrato con Parque Fotovoltaico Iquitos S.A.C. [sic]”. (subrayado agregado)

De ello, se aprecia que la entidad ha efectuado una interpretación que difiere sobre la documentación materia de requerimiento, habida cuenta que el recurrente no desea obtener la información vinculada a aquella que ha sido preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de la entidad, sino específicamente al contrato de suministro y sus respectivas adendas celebradas por la entidad y la empresa Parque Fotovoltaico Iquitos S.A.C., información que por sí sola no revela ninguna estrategia de defensa de la entidad.

Adicionalmente, a fin de acreditar la existencia de una controversia sobre la información requerida, la entidad remitió a esta instancia copia de la siguiente información: Carta Notarial denominada G-44-2020 de fecha 28 de enero de 2020, Carta denominada G-79-2020 de fecha 24 de febrero de 2020, Carta de Parque Fotovoltaico Iquitos S.A.C. de fecha 2 de marzo de 2020 y la Carta denominada G-102-2020 de fecha 9 de marzo de 2020.

De la revisión a los citados documentos, se aprecia de su contenido que versan sobre comunicaciones efectuadas entre la entidad y la empresa Parque

Fotovoltaico Iquitos S.A.C en el marco de un trato directo para solucionar la controversia surgida, respecto al incumplimiento o resolución del contrato de suministro celebrado entre las partes; no evidenciándose que dicha documentación haya sido emitida o actuada en el marco de un procedimiento administrativo o proceso judicial en trámite; siendo tal condición una exigencia o requisito para ser considerada como información de naturaleza confidencial, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 recaído en el Expediente N° 05601-2015-PHD/TC:

“5. A criterio de este Tribunal, dicho límite será entendido correctamente desde una interpretación tuitiva del derecho invocado, así corresponde que , ante solicitudes de información de documentación emitida o actuada al interior de procesos judiciales o arbitrajes, 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 agregado)

Teniendo en cuenta ello, cabe señalar que la entidad se ha limitado a invocar la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sin brindar una “*motivación cualificada*” conforme lo ha establecido el máximo intérprete de la Constitución, puesto que no ha sustentado en qué medida o de qué forma la documentación solicitada por el recurrente, esto es el “*contrato de suministro suscrito por Electro Oriente con Parque Fotovoltaico Iquitos S.A.C. y sus adendas*”, podría revelar la estrategia de defensa jurídica, o en su defecto, constituye información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado de la institución, ni ha acreditado que se encuentre en curso un proceso administrativo o judicial cuya estrategia de defensa pudiera ser revelada al entregarse dichos documentos, no siendo suficiente el solo dicho de la entidad.

En consecuencia, al no haberse acreditado debidamente que la información solicitada se encuentre dentro de los alcances de la excepción prevista en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el principio de publicidad que ostenta dicha información no ha sido desvirtuado y corresponde por tanto la entrega de la documentación requerida por parte del recurrente, en la forma y modo señalado mediante su solicitud de acceso a la información pública.

Finalmente, en virtud a lo dispuesto en 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 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;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **MATÍAS ANDRÉ DEXTRE IZQUIERDO**; **REVOCANDO** lo dispuesto mediante la comunicación contenida en el correo electrónico de fecha 25 de agosto de 2020; y, en consecuencia, **ORDENAR a ELECTRO ORIENTE S.A.** que entregue la información solicitada por el recurrente, conforme a los considerandos antes expuestos.

Artículo 2.- SOLICITAR a **ELECTRO ORIENTE S.A.** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de la información ordenada en la presente resolución.

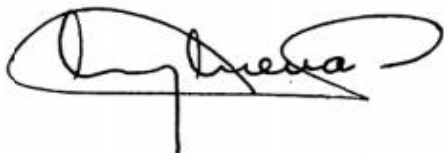
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MATÍAS ANDRÉ DEXTRE IZQUIERDO** y al **ELECTRO ORIENTE S.A.**, 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