



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020304782020

Expediente : 01087-2020-JUS/TTAIP
Recurrente : **ANGELA ADRIANA ASCUE DEL AGUILA**
Entidad : **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 16 de noviembre de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 01087-2020-JUS/TTAIP de fecha 6 de octubre de 2020, interpuesto por **ANGELA ADRIANA ASCUE DEL AGUILA** contra la respuesta contenida en el correo electrónico de fecha 27 de setiembre de 2020, mediante el cual la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN**, denegó su solicitud de acceso a la información pública presentada con Trámite N° E012004349 de fecha 14 de setiembre de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de setiembre de 2020, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó a la entidad la siguiente información:

“(…) el archivo contenido en el CD correspondiente File No. 13 de la Caja 3039 del Libro Blanco del Terminal Portuario de Paita. Dicho CD corresponde al Modelo Económico Financiero TP Paita contenido en el Informe No.1 elaborado por Halcrow-Chenomics en marzo 2009”. (sic)

Mediante el correo electrónico de fecha 21 de setiembre de 2020, la entidad comunicó a la recurrente el uso de la prórroga de plazo para la entrega de la información solicitada, argumentando que en aplicación del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y teniendo en consideración la situación actual, hacía materialmente imposible cumplir la atención de la solicitud en el plazo determinado por ley, por lo que, la solicitud sería atendida a más tardar el 28 de octubre de 2020.

A través del correo electrónico de fecha 27 de setiembre de 2020 la entidad denegó la referida solicitud de acceso a la información, alegando *“(…) le indicamos que, de acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362, numeral 36.6 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, y en*

concordancia con el inciso 1 del artículo 17 del TUO de Transparencia, existe información considerada de carácter confidencial”. Agregando que “(...) el modelo económico financiero solicitado está vinculado a las evaluaciones económico financieras que sirvieron para determinar las variables de competencia del concurso público correspondiente al proceso de promoción de la inversión privada del proyecto del Terminal Portuario de Paita, en consecuencia se encuentra protegida según lo establecido en las disposiciones legales anteriormente señaladas”.

Con fecha 6 de octubre de 2020, la recurrente presentó el recurso de apelación materia de análisis ante esta instancia, solicitando se declare fundado su recurso de apelación y ordene a la entidad entregar la información solicitada por ser pública, alegando —entre otras— que, si bien la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos¹, en concordancia con el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia califica como información confidencial a aquella 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, sin embargo, esta confidencialidad cesa cuando la entidad haya emitido una decisión y haya hecho referencia a las opiniones o consejos elaborados en el proceso de deliberación.

En esa línea, indicó “(...) la protección a la información vinculada a procesos de promoción de la inversión privada resulta de relevancia durante el desarrollo del concurso de que se trate”; agregando, si las evaluaciones económico financieras de las entidades a cargo de los procesos de promoción de la inversión privada ya fueron expuestas y comunicadas a los postores, la información vinculada a dichas evaluaciones no podría ser calificadas como confidencial, sobre todo una vez concluido el proceso.

Mediante la Resolución N° 020104742020², se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio y se requirió a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de la recurrente y formule sus descargos, las cuales fueron remitidos mediante el escrito de fecha 9 de noviembre de 2020, ingresado a esta instancia en la misma fecha, adjuntando el INFORME LEGAL N° 003-2020/DPP/SGC, mediante el cual señala que, *“De conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362, la 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, tienen el carácter de información confidencial, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Del mismo modo, el numeral 36.3 del artículo 36 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, establece que conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley, 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 N° 27806”.*

¹ En adelante, Decreto Legislativo N° 1362.

² Resolución de fecha 2 noviembre de 2020, notificada a la entidad por mesa de partes virtual: mesadepartesvirtual@proinversion.gob.pe el día 3 de noviembre de 2020, con confirmación de recepción de la misma fecha a horas 9:51, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Con relación a la confidencialidad de la información solicitada refiere que, *“(...) el modelo económico financiero incluido en el archivo contenido en el CD correspondiente al File N° 13 de la Caja 3039 del Libro Blanco del Terminal Portuario de Paita, solicitado por la apelante, constituye sin lugar a dudas, la evaluación económico financiera que sirvió para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración del indicado concurso y por tanto, tiene el carácter de información confidencial a que se refiere el numeral 1 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806, respecto de la cual no puede ser ejercido el derecho de acceso a la información, al amparo de lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362”.* (Subrayado agregado).

Respecto al argumento señalado por la recurrente de que la información solicitada no se encuentra recogida en ninguna de las excepciones previstas al derecho de acceso a la información pública, en tanto ya ha sido puesta a disposición de los postores la entidad señaló que, *“(...) si bien al acceder a dichas impresiones contenidas en un documento diferente, éstas podrían, en el caso extremo, llegar a tener carácter público por haberse entregado (las impresiones físicas o digitales); ello no convierte al archivo solicitado o al CD que lo contiene, en documentos de carácter público, más aún cuando incluso en el caso que se hubieran dado a conocer los resultados de la modelación, tales resultados se obtienen a partir de una serie de fórmulas y algoritmos (incluidos en el archivo solicitado) que contienen la metodología de análisis del caso concreto, información que no ha sido revelada y que de revelarse podría afectar al Estado en alguna eventual controversia con el inversionista”.*

Asimismo, la entidad refiere que es relevante preservar la información solicitada no sólo durante el desarrollo del concurso público, sino también, durante la etapa de ejecución contractual, porque dicha información puede ser usada por el inversionista, en procesos arbitrales en contra del Estado, para renegociaciones o, en general, por terceros, para conocer la estrategia que podría ser utilizada para otros proyectos; *“(...) motivo por el cual, no sólo es importante proteger la información confidencial durante la etapa de concurso, sino también a lo largo de la vigencia del contrato que se derive del mismo e inclusive, con posterioridad a la vigencia de dicho contrato (controversias relativas a la resolución contractual o la caducidad de la concesión). Por consiguiente, resulta evidente el riesgo que implica para la Entidad, en particular y, para el Estado, en general, la divulgación de la información solicitada”.*

Finamente, señaló que *“(...) ha cumplido con la ley al denegar la información requerida por la solicitante, debido a su carácter confidencial, máxime siendo que la ley nos obliga a proteger la información que sirvió como parte de los procesos deliberativos y consultivos realizados por la entidad y que, los documentos contienen las variables de competencia que fueron tomadas en cuenta para la toma de decisiones del referido proceso de promoción, razón por la cual lo solicitado califica como confidencial y que son confidenciales en tanto dure la ejecución de dichos contratos para la correcta defensa de los intereses del Estado”.*

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 3 de la Ley de Transparencia, 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; asimismo, para los efectos de dicho cuerpo legal, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece expresamente que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de dicha Ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

En ese sentido, el numeral 1 del artículo 17 de la referida norma señala que dicho derecho no podrá ser ejercido respecto a la 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.

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, 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 a razones de hecho y a las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1 Materia de discusión

De autos se aprecia que la controversia consiste en determinar si la información requerida se encuentra incurso en la causal contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

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.

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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 15 a 17 de la Ley de Transparencia, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

En el caso de autos, la recurrente solicitó a la entidad el archivo contenido en el CD correspondiente File No. 13 de la Caja 3039 del Libro Blanco del Terminal Portuario de Paíta, precisando que dicho CD corresponde al Modelo Económico Financiero TP Paíta contenido en el Informe No.1 elaborado por Halcrow-Chenomics en marzo 2009; la cual fue denegada por la entidad al señalar que, de acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362, numeral 36.6 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, y en concordancia con el inciso 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, existe información considerada de carácter confidencial, por lo que el modelo económico financiero solicitado está vinculado a las evaluaciones económico financieras que sirvieron para determinar las variables de competencia del concurso público correspondiente al proceso de promoción de la inversión privada del proyecto del Terminal Portuario de Paíta; en consecuencia, se encuentra protegida según lo establecido en las disposiciones legales anteriormente señaladas.

Asimismo, en sus descargos, la entidad precisó que el archivo contenido en el CD solicitado por la apelante, constituye sin lugar a dudas, la evaluación económico financiera que sirvió para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración del indicado concurso y por tanto, tiene el carácter de información confidencial a que se refiere el numeral 1 del artículo 17 del TUO de la Ley de transparencia. Asimismo, agrega que “(...) ha cumplido

con la ley al denegar la información requerida por la solicitante, debido a su carácter confidencial, máxime siendo que la ley nos obliga a proteger la información que sirvió como parte de los procesos deliberativos y consultivos realizados por la entidad y que, los documentos contienen las variables de competencia que fueron tomadas en cuenta para la toma de decisiones del referido proceso de promoción, razón por la cual lo solicitado califica como confidencial y que son confidenciales en tanto dure la ejecución de dichos contratos para la correcta defensa de los intereses del Estado". (Subrayado agregado).

A fin de determinar en qué circunstancias se genera la información solicitada, es conveniente traer a colación el Decreto Legislativo N° 1362, cuyo artículo 30 en su numeral 30.1 establece que, "Los proyectos ejecutados bajo la modalidad de Asociación Público Privada, independientemente de su clasificación y origen, se desarrollan en las siguientes fases: Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual". (subrayado agregado)

Ahora bien, conforme a la Sección N° 3 del Anexo B de los Lineamientos para el Desarrollo de las Fases de Formulación y Estructuración en los Proyectos de Asociaciones Pública Privadas⁵, un modelo económico financiero o modelo financiero sombra, es una herramienta cuantitativa desarrollada durante la fase de estructuración de todo proceso de promoción de la inversión privada. Mediante el modelo financiero sombra, el Organismo Promotor de la Inversión Privada - OPIP aprobará los principales parámetros financieros y comerciales del proyecto. Al momento de la convocatoria, así como en la Versión Final del proyecto del Contrato, el modelo financiero sombra y el Contrato de Asociación Público Privado deben ser consistentes entre sí.

Asimismo, en el literal a. "Guía para la elaboración del Modelo Financiero Sombra" de la referida Sección N° 3 señala que, "(...) el modelo financiero sombra incorpora un amplio conjunto de insumos y supuestos económicos, de mercado, financieros y técnicos específicos del proyecto Asociación Público Privado; los cuales se presentan en forma de estados financieros proforma, de ratios y otros indicadores financieros, considerando la asignación de riesgos del proyecto. En ese contexto, el modelo financiero sombra debe definir un caso base para sus insumos y debe permitir flexibilidad de forma que el OPIP pueda analizar y calibrar distintas estructuras de financiamiento para el proyecto Asociación Público Privada – APP y permita evaluar los cambios en el (los)

⁴ **Fases de las Asociaciones Público Privadas**

- i. **Planeamiento y Programación.** - Comprende la planificación de los proyectos y de los compromisos, firmes o contingentes, correspondientes a Asociaciones Público Privadas. Dicha planificación se articula con la Programación Multianual de Inversiones y se materializa en el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas.
- ii. **Formulación.** - Comprende el diseño y/o evaluación del proyecto. Está a cargo de la entidad pública titular del proyecto o de Proinversión, en el marco de sus respectivas competencias.
- iii. **Estructuración.** - Comprende el diseño del proyecto como Asociación Público Privada, incluida su estructuración económico financiera, mecanismo de retribución en caso corresponda, asignación de riesgos y diseño del contrato. La estructuración está a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada, en coordinación con la entidad pública titular del proyecto, con el organismo regulador, de corresponder, y con el Ministerio de Economía y Finanzas.
- iv. **Transacción.** - comprende la apertura al mercado del proyecto. El Organismo Promotor de la Inversión Privada recibe y evalúa los comentarios de los postores y determina el mecanismo de adjudicación aplicable, el cual puede ser licitación pública, concurso de proyectos integrales u otros mecanismos competitivos.
- v. **Ejecución Contractual.** - Comprende el periodo de vigencia del contrato de Asociación Público Privada, bajo responsabilidad de la entidad pública titular del proyecto. Asimismo, comprende el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales.

⁵ Disponible en el siguiente enlace: https://www.mef.gob.pe/contenidos/archivos-descarga/Lineamientos_Formulacion_Estructuracion_APP.pdf.

factor(es) de competencia y en la viabilidad del proyecto APP como consecuencia de estos cambios (...). (Subrayado agregado).

Al respecto, la entidad en sus descargos señala que, (...) *el modelo económico financiero, como herramienta del proceso de promoción de la inversión privada, independientemente del marco normativo que pudiera haber regido su elaboración, siempre ha tenido la misma finalidad, cual es, el servir entre otros, para la determinación y estimación del factor o factores de competencia de todo concurso, los que en buena cuenta son, los parámetros o criterios objetivos sobre la base de los cuales se formulan las propuestas económicas que permiten seleccionar al adjudicatario de un proceso de selección*. (subrayado agregado)

De lo expuesto, podemos colegir que la información solicitada fue desarrollada por la entidad durante la fase de estructuración del proceso de promoción de la inversión privada de proyecto del Terminal Portuario de Paita, la cual está vinculada a la evaluación económico financiera que sirvió de base para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración del concurso público correspondiente al referido proceso, las cuales sirven —en términos señalados por la entidad en sus descargos— para determinar los factores de competencia de todo concurso, es decir, **los parámetros o criterios objetivos sobre la base de los cuales se formulan las propuestas económicas que permiten seleccionar al adjudicatario de un proceso de selección**.

Dicho esto, la entidad para denegar la solicitud formulada por la recurrente indicó que la información requerida es confidencial de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362 y el numeral 36.3 del artículo 36 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado por el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, por lo que es pertinente evaluar el contenido de los referidos dispositivos legales a fin de determinar su alcance:

Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362

“PRIMERA. Información confidencial

La 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 N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM”.

Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362

“Artículo 36. Reserva de la información

(...)

36.3 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 N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley” (Subrayado agregado).

De la lectura de los citados dispositivos legales se concluye que ambas contemplan una excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, que hacen referencia a la causal regulada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; por lo tanto, este tribunal concluye que corresponde evaluar si la información solicitada se encuentra protegida por el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia. En ese sentido, es pertinente evaluar el contenido de la referida excepción a efectos de determinar su alcance, conforme el siguiente análisis:

“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

1. la 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”.

Así, la Ley de Transparencia establece dos supuestos respecto del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, conforme se detalla a continuación:

1. El primer párrafo, regula la imposibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información pública cuando el requerimiento esté referido a información que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, ya sea de aquella información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones, salvo que dicha información sea pública.
2. El segundo párrafo, establece que, culminado el proceso deliberativo y consultivo, con la emisión de la decisión de gobierno, la excepción de confidencialidad cesa, siempre y cuando, la entidad de la Administración Pública haga referencia en forma expresa a los consejos, recomendaciones u opiniones.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00712-2007-PHD/TC, lo siguiente:

“4. La demandada ha afirmado que la denegatoria de la información solicitada se sustenta en que se trata de información exceptuada de acceso, conforme lo establece el artículo 17, inciso 1), de la citada Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública. Según esta disposición se exceptúa de acceso la 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” (cursiva añadido).

El concepto central de esta disposición es la de “decisión de gobierno”. Están exceptuados entonces los documentos del proceso de deliberación y de consulta anterior a la adopción de una decisión de gobierno”. (subrayado agregado)

Respecto a la referida excepción, cabe señalar que, según Úrsula Indacochea, esta tiene como propósito “(...) proteger la calidad de las decisiones gubernamentales, permitiendo que los funcionarios puedan hacer un libre intercambio de ideas y comentarios y plasmarlos en documentos preliminares, y que puedan explorar en debates internos las distintas alternativas de actuación sin miedo al escrutinio público (...)”⁶ (subrayado agregado).

Asimismo, respecto al concepto de decisiones gubernamentales Cassagne señaló:

“(...) la denominada función política o de gobierno, [está] referida a la actividad de los órganos superiores del Estado en las relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones que organiza la Constitución y a la actuación de dichos órganos como representantes de la nación en el ámbito internacional. (...) Con un sentido similar la función de gobierno ha sido caracterizada como aquella actividad de los órganos del Estado, supremos en la esfera de sus competencias, que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad o paz (...)”⁷ (subrayado agregado).

Asimismo, la referencia a opiniones, consejos y recomendaciones en la excepción bajo análisis revela que se aplica respecto a información que tiene una carga subjetiva o que contiene juicios de valor, y no comprende “(...) hechos, análisis de hechos, informaciones técnicas y estadísticas” (subrayado agregado), conforme lo reconoce el numeral 3) del literal b) del artículo 40 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública⁸, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos mediante la Resolución AG/RES. 2607⁹.

En ese sentido, el primer párrafo del numeral 1) del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece la excepción del acceso a la documentación que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de la decisión de gobierno, pero únicamente respecto de la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones previos a la emisión de una decisión de gobierno.

De allí que, dentro del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, aparte de la información protegida conforme a los fundamentos antes expuestos, también existe información que es de naturaleza pública y puede ser entregada en el marco del derecho de acceso a la información pública.

⁶ INDACOCHEA, Úrsula. “La protección de las deliberaciones previas a una decisión de gobierno en la administración pública (parte I)”. En Suma Ciudadana. Disponible en: <https://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/02/la-proteccion-de-las-deliberaciones-previas-a-una-decision-de-gobierno-en-la-administracion-publica-parte-i/>. Consulta: 27 de febrero de 2020.

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho administrativo”. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, página 119.

⁸ De manera textual, el artículo 40 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública señala lo siguiente: “40. Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información únicamente bajo las siguientes circunstancias, cuando sean legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática, basándose en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano: (...) b) Cuando el acceso genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo, [el cual deberá ser definido de manera más detallada mediante ley] a los siguientes intereses públicos: (...) 3. la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre las autoridades públicas (...). Las excepciones contenidas en los literales (b) 3, 4, y 9 no deberán aplicarse a hechos, análisis de hechos, informaciones técnicas y estadísticas” (los corchetes son agregados).

⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública”. AG/RES 2607. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf. Consulta realizada el 27 de febrero de 2020.

Siendo ello así, de autos se evidencia que la entidad omitió detallar y acreditar, que la temática o el contenido de la información requerida corresponde efectivamente a un consejo, una recomendación o una opinión que forme parte de un proceso deliberativo previo a la toma de una decisión de gobierno, cuál era específicamente la decisión de gobierno que iba a adoptarse, o de qué manera la emisión del informe final del estudio suponía la adopción de una decisión de gobierno, supuestos que debía motivar para sustentar la confidencialidad de la información solicitada por la recurrente.

En su lugar, la entidad, se ha limitado a señalar en sus descargos que es relevante preservar la información solicitada no sólo durante el desarrollo del concurso público, sino también, durante la etapa de ejecución contractual, en tanto existiría un riesgo para la entidad y, en particular, para el Estado, al divulgar la información solicitada debido a que dicha información podría ser usada por el inversionista en otro tipo de procesos (como procesos arbitrales en contra del Estado) o para renegociaciones o, en general, puede ser usada por terceros para conocer la estrategia que podría ser utilizada para otros proyectos.

En esa línea, toda vez que en el presente caso la buena pro del concurso ya fue adjudicada, la entidad pretende que la confidencialidad de la información solicitada se extienda hasta la ejecución contractual, es decir, durante los años que dure la concesión, sin haber acreditado el cumplimiento de los presupuestos para la aplicación de la causal invocada para denegar el acceso a la información pública. Al respecto, cabe recordar que el artículo 18 de la Ley de Transparencia establece que los casos de excepción previstos en referida ley son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública; asimismo, dicho artículo instituye un mandato de observancia obligatoria para las entidades de Administración Pública, de interpretar dichas excepciones de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. Dicho de otra forma, la entidad no puede denegar la información solicitada interpretando en forma extensiva una excepción, por el contrario, debe evitar, en todo momento, convertir una excepción en una regla.

En esa línea, es preciso tener en consideración que el numeral 2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362 consagra el Principio de Transparencia en el marco de la inversión público privada, al establecer que “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 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 atención a lo expuesto, y considerando que de autos se advierte que la entidad no ha negado contar con la información solicitada, ni ha acreditado que ésta se encuentra comprendida en uno de los supuestos de excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública contemplados en la Ley de Transparencia, pese a que tiene la carga de la prueba; la presunción de publicidad que recae sobre dicha información se mantiene vigente, al no haber sido desvirtuada por la entidad.

De manera adicional, cabe señalar que según se advierte en la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones¹⁰, la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Terminal Portuario de Paita se adjudicó el 31 de marzo del 2009 al consorcio Terminales Portuarios Euroandinos (TPE), integrado por las empresas Tertir Terminais Portugal S.A. (Portugal), Cosmos Agencia Marítima S.A.C. (Perú) y Translei S.A. (Perú), suscribiéndose el Contrato de Concesión el 9 de setiembre de 2009, por treinta (30) años.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la información solicitada fue desarrollada por la entidad durante la fase de estructuración del proceso de promoción de la inversión privada del proyecto del Terminal Portuario de Paita, la cual sirvió para determinar las variables de competencia del concurso público correspondiente al referido proceso, es decir, para determinar **los parámetros o criterios objetivos sobre la base de los cuales se formulan las propuestas económicas que permiten seleccionar al adjudicatario del referido proceso de selección**, y que ya se ha adoptado la decisión de otorgar la Buena Pro correspondiente; se colige por lo tanto, que la información solicitada ha servido de base para tomar una decisión de naturaleza administrativa.

Sobre el particular, es importante señalar que de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Transparencia, califica como información pública, cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa¹¹.

A mayor abundamiento sobre el carácter público de la información solicitada, el artículo 5 de la Ley de Transparencia precisa que las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente de acuerdo a su presupuesto la difusión a través de Internet de las adquisiciones de bienes y servicios que realicen, incluyendo el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos¹².

De igual modo, cabe precisar con relación a la información sobre la gestión de las entidades del Estado que debe ser publicada en los portales de transparencia¹³, que el artículo 1 de la Directiva N° 001-2017-PCM/SGP-Lineamientos para la Implementación del Portal de Transparencia Estándar en las Entidades de la Administración Pública¹⁴, señala que dicha norma tiene por objeto establecer los lineamientos y formatos estándares de información obligatoria a difundir, precisándose en el numeral 7 de su Anexo, que se debe publicar lo siguiente: *“Procesos de selección de bienes y servicios, contrataciones directas, penalidades aplicadas, órdenes de bienes y servicios, publicidad, pasajes viáticos, telefonía fija, móvil e internet, uso de vehículos, plan*

¹⁰ Extraída del siguiente enlace:

¹¹ https://portal.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/infraestructura_portuaria/portuario_paita.html,

“Artículo 10.- Información de acceso público

(...)

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.”

¹² **“Artículo 5.- Publicación en los portales de las dependencias públicas**

Las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente, de acuerdo a su presupuesto, la difusión a través de Internet de la siguiente información:

(...)

3. Las adquisiciones de bienes y servicios que realicen. La publicación incluirá el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos.”

¹³ Mediante Decreto Supremo N° 063-2010-PCM se aprobó la implementación del Portal de Transparencia Estándar de las entidades de la Administración Pública.

¹⁴ Aprobada por Resolución Ministerial N° 035-2017-PCM de fecha 17 de febrero de 2017.

anual de contrataciones, laudos arbitrales, actas de conciliación, comité de selección y otra información relevante para la entidad”.

En dicha línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 06460-2013-PHD/TC precisa que el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, conforme el siguiente texto:

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

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 19 de su sentencia recaída en el Expediente N° 00020-2003-AI/TC, ha sustentado la eficacia del principio de transparencia en todo proceso de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado:

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

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación, ordenando a la entidad que brinde la información requerida por el recurrente, de conformidad con las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes.

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 **ANGELA ADRIANA ASCUE DEL AGUILA, REVOCANDO** lo dispuesto en el correo electrónico de fecha 27 de setiembre de 2020, emitido por la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad

efectuar la entrega de la información solicitada, conforme a los fundamentos esgrimidos en la parte considerativa de la presente.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN** 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, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante 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 **ANGELA ADRIANA ASCUE DEL AGUILA** y a la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN** de conformidad con lo dispuesto en el 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

MARIA ROSA MENA MENA
Vocal

JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

vp: vvm