



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 001279-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01134-2021-JUS/TTAIP
Impugnante : **MARIANA MALLEA QUIROZ**
Entidad : **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 15 de junio de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 01134-2021-JUS/TTAIP de fecha 24 de mayo de 2021, interpuesto por **MARIANA MALLEA QUIROZ**¹ contra la respuesta contenida en los Informes N° 352-2021-MINEM-OGAJ y N° 0130-2021-MINEM-DGE notificados mediante correo electrónico de fecha 3 de mayo de 2021, a través de los cuales el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**² denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada el 20 de abril de 2021, la misma que generó el Expediente N° 3139312.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 15 de abril de 2021, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico “(...) *copia de los siguientes informes Legales: (i) N° 221-2018-MEM/OGJ, de fecha 1 de marzo de 2018; (ii) N° 252-2018-MEM/DGE, de fecha 27 de junio de 2018; y (iii) N° 630-2018-MEM/OGJ, de fecha 27 de junio de 2018*”.

A través de Informes N° 352-2021-MINEM-OGAJ y N° 0130-2021-MINEM-DGE notificados mediante correo electrónico de fecha 3 de mayo de 2021, la entidad denegó la solicitud de la recurrente señalando lo siguiente en cada uno de ellos:

Informe N° 352-2021-MINEM-OGAJ³:

“(…)

I. ANTECEDENTES

(…)

1.4 *El Informe N° 221-2018-MEM-OGAJ, contiene la opinión legal del proyecto de resolución ministerial para la ampliación del plazo del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) por el Proyecto Central Hidroeléctrica Laguna Azul (hoy denominado Central Hidroeléctrica Mamacocha) hasta el 30 de junio de 2018.*

¹ En adelante, la recurrente.

² En adelante, la entidad.

³ Informe de fecha 3 de mayo de 2021 elaborado por la oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas.

- 1.5 *El Informe N° 630-2018-MEM-OGAJ también contiene la opinión legal a la propuesta del proyecto descrito precedentemente, para una nueva ampliación del plazo de suspensión hasta el 30 de septiembre de 2018.*
- (...)
- 1.9 *En ese contexto, en la etapa de consultas y negociación, se emiten los Informes N° 221-2018-MEM-OGAJ y el Informe N° 630-2018-MEM-OGAJ, que contiene la opinión legal a las propuestas alcanzada por la Dirección General de Electricidad con la Resolución Ministerial que dispone la suspensión del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (RER) relacionado al Proyecto Central Hidroeléctrica Laguna Azul – como consecuencia de las controversias por la validez del instrumento de gestión ambiental del proyecto.*
- 1.10 *Las etapas de consultas y negociaciones no prosperaron, no obstante las prórrogas de suspensión del contrato, autorizadas mediante resoluciones ministeriales expedidas por el MINEM sustentadas en las opiniones técnicas y legales conforme consta en los informes N° 221-2018-MEM-OGAJ y el Informe N° 630-2018-MEM-OGAJ, objeto de solicitud en el presente expediente de acceso a la información pública, 3139312.*
- 1.11 *A la fecha, existe una controversia en sede arbitral, conforme consta en la Resolución Ministerial N° 366-2019-EF/43, de fecha 9 de octubre de 2019, autorizando la Contratación del Estudio Arnold & Porter Kaye Scholer LLP para que brinde asesoría jurídica al Estado peruano en la etapa de Arbitraje Internacional iniciada en contra de la República del Perú, por las empresas Latam Hydro LLC y Mamacocha S.R.L. (CIADI Caso Nro. ARB/19/28). 2.8., ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”.*

(...)

III. ANÁLISIS

- (...)
- 3.7 *En el caso de la solicitud de acceso a la información correspondiente a los informes: N° 221-2018-MEM-OGAJ de fecha 01 de marzo de 2018; e Informe N° 630-2018-MEM-OGAJ de 27 de junio de 2018, se encuentran considerados en el registro de documentos sujetos a privilegio del Estado Peruano, inmersos en el Arbitraje Internacional iniciado por las empresas Latam Hydro LLC y Mamacocha S.R.L. contra la República del Perú (CIADI Caso Nro. ARB/19/28). 2.8., ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).*
- 3.8 *Respecto a los informes requeridos por la Administrada, en el marco del Arbitraje Internacional llevado a cabo ante CIADI, es de observancia el numeral 1 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806, que señala expresamente que en tanto dure el proceso deliberativo y consultivo, la información que se genere: consejos, recomendaciones u opiniones tiene la tutela y protección de privilegio de confidencialidad excluyéndola del ejercicio del derecho de acceso a la Información pública, en tanto el Estado peruano sea parte en dicho proceso arbitral.*
- 3.9 *En ese contexto, y estando que a la fecha el proceso arbitral se encuentra en curso, y la información requerida conforma el grupo de documentos que permitirán elaborar las recomendaciones, opiniones y estrategia legal del Estado, debiendo precisar además que los Informes N° 221-2018-MEM-OGAJ de fecha 01 de marzo de 2018; e Informe N° 630-2018-MEM-OGAJ de 27 de junio de 2018, contienen opiniones y recomendaciones de los efectos y consecuencias del Contrato de Concesión del Proyecto CH Mamacocha, a la fecha en proceso de arbitraje.*
- 3.10 *Cabe precisar además que los Informes emitidos por la Oficina General de Asesoría Jurídica están clasificados y considerados en la estructura de*

defensa evaluada por el Estudio de Abogados que defiende al Estado razón por la cual se encuentran en calidad de confidencialidad por lo que no son susceptibles de difusión en tanto no culmine el proceso arbitral en mención.

- 3.11 *En efecto, en el marco, el numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806, dispone que la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados tiene carácter confidencial, en tanto su publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, supuesto aplicable al presente caso, en tanto los informes solicitados contienen evaluaciones y opiniones que están en controversia y de publicitarse dicha información, se podría afectar la estrategia de defensa del Estado Peruano.*
- 3.12 *El Reglamento de la Ley N° 28933, aprobado mediante Decreto Supremo N° 125-2008-EF, establece en su artículo 18 que toda información, comunicación o documento, sea escrito, electrónico o audio- visual, a los que se refiere el artículo 172 del Reglamento, debe mantenerse en estricta confidencialidad. En efecto, la confidencialidad obligatoria, recae sobre aquella información preparada u obtenida por los asesores jurídicos, abogados o cualquier información protegida bajo secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de la entidad asesorada, en este caso el Estado peruano.*
- 3.13 *Acorde lo señalado, cabe destacar, que la información requerida por la Administrada forma parte del grupo de documentos que vienen analizando los asesores del Estado peruano como parte de la estrategia legal en el presente arbitraje internacional, siendo obligatorio mantener su confidencialidad.*
- 3.14 *Cabe añadir que el hecho de transparentar la información solicitada representa un riesgo para el Estado peruano porque se expondría ante la otra parte del proceso evidenciar la información de la estrategia que viene adoptándose en el proceso arbitral para hacer prevalecer su posición legal; siendo este el motivo por el cual, el numeral 4) del artículo 17 del TUO de la Ley 27806 considera que dicha información debe estar únicamente al alcance del Estado peruano y en la condición de información confidencial, en tanto no concluya el proceso arbitral.*
- 3.15 *En consecuencia, corresponde denegar totalmente la solicitud de información correspondiente a los informes elaborados por esta Dirección General, toda vez que con ello se podría revelar la estrategia procesal que vienen elaborando los asesores del Estado peruano en el proceso arbitral internacional seguido ante el CIADI (aún en curso)”.*

Informe N° 0130-2021-MINEM/DGE⁴:

“(…)

II. EVALUACIÓN

(…)

- 2.7 *En el caso de la solicitud de acceso a la información correspondiente al Registro de la referencia, esta se encuentra referida a informes elaborados por la DGE, y que se encuentran considerados en el registro de documentos sujetos a privilegio del Estado peruano, en el marco del Arbitraje Internacional seguido ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) llevado a cabo por las empresas Latam Hydro LLC y Mamacocha S.R.L. contra la República del Perú (CIADI Caso Nro. ARB/19/28).*
- 2.8 *La información requerida por la Administrada se encuentra referida a “(i) Informe N° 252-2018-MEM/DGE, de fecha 27 de junio de 2018”. En atención*

⁴ Informe de fecha 27 de abril de 2021 elaborado por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas.

a dicho requerimiento, esta Dirección General, dentro del marco de sus competencias establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones del MINEM, aprobado por Decreto Supremo N° 031-2007-EM, procede con evaluar la información requerida en los términos siguientes:

La información requerida es parte de un proceso deliberativo

2.8.1. Respecto a los informes requeridos por la Administrada, en el marco del Arbitraje Internacional llevado a cabo ante CIADI, corresponde señalar que el numeral 1 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806, dispone que mientras dure dicho proceso deliberativo y consultivo, la información que se genere (consejos, recomendaciones u opiniones) no se considera de libre acceso, en tanto el Estado peruano sea parte en dicho proceso arbitral. Siendo que a la fecha el proceso arbitral se encuentra en curso, y la información requerida conforma el grupo de documentos que se requieren para elaborar las recomendaciones, opiniones y estrategia legal del Estado, sería contraproducente para sus intereses publicar y/o entregar dicha información.

2.8.2. Siguiendo con dicho análisis, corresponde señalar que los informes requeridos fueron elaborados por esta Dirección General y contienen el análisis técnico y legal que sustentan los alcances de acciones y estrategias legales que adopta el Ministerio en relación a la ejecución del Proyecto CH Mamacocha, y que ahora son materia de controversia seguido ante el CIADI. El informe refiere lo siguiente:

- Informe N° 252-2018-MEM/DGE elaborado por la Dirección General de Electricidad del MINEM. El informe evalúa las disposiciones de solución de controversias previstas en el Contrato RER y el Tratado y la prórroga de suspensión del Contrato RER propuesta. El informe emite una opinión sobre la de prórroga de suspensión del Contrato RER propuesta.

(...)

2.8.4. Por lo antes expuesto, esta Dirección General considera que corresponde denegar totalmente la solicitud de acceso a la información requerida por la Administrada, por haber sido calificada como confidencial en el Caso Arbitral Nro. ARB/19/28 en el que es parte el Estado peruano.

La información comprende las acciones adoptadas por la DGE y que forman parte de la estrategia legal en el arbitraje internacional

2.8.5. En ese marco, el numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806, dispone que la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados del MINEM tiene carácter confidencial, en tanto su publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial; lo cual es aplicable al presente caso, en tanto el informe solicitado contiene cuestiones que están siendo objeto de discusión en la etapa de Exhibición de Documentos ante el Tribunal Arbitral del CIADI, y de publicitarse dicha información, se podría estar afectando la estrategia de defensa que viene llevando a cabo el Estado Peruano.

(...)

2.8.8. Por su parte, el Reglamento de la Ley N° 28933, aprobado mediante Decreto Supremo N° 125-2008-EF, establece en su artículo 18 que toda información, comunicación o documento, sea escrito, electrónico

o audio-visual, a los que se refiere el artículo 172 del Reglamento, debe mantenerse en estricta confidencialidad. En efecto, la confidencialidad obligatoria recae sobre aquella información preparada u obtenida por los asesores jurídicos, abogados o cualquier información protegida bajo secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de la entidad asesorada, en este caso el Estado peruano.

2.8.9. Dicho ello, queda precisar que el informe requerido por la Administrada forma parte del grupo de documentos que vienen analizando los asesores del Estado peruano como parte de la estrategia legal en el presente arbitraje internacional, siendo obligatorio mantener su confidencialidad. Cabe añadir que el hecho de transparentar la información solicitada representa un riesgo para el Estado peruano porque se expondría ante la otra parte del proceso información de la estrategia que viene adoptándose en el proceso arbitral para hacer prevalecer su posición legal; siendo este el motivo por el cual, el numeral 4) del artículo 17 del TUO de la Ley 27806 considera que dicha información debe estar únicamente al alcance del Estado peruano y en la condición de información confidencial, en tanto no concluya el proceso arbitral.

2.8.10. En base a lo expuesto, corresponde denegar totalmente la solicitud de información correspondiente al informe elaborado por esta Dirección General, toda vez que con ello se podría revelar la estrategia procesal que vienen elaborando los asesores del Estado peruano en el proceso arbitral internacional seguido ante el CIADI (aún en curso)”.

El 24 de mayo de 2021, la recurrente interpone ante la entidad el recurso de apelación materia de análisis, alegando lo siguiente:

“(…)

Sobre el Informe solicitado a la DGE

20. El Informe N° 0130-2021-MINEM/DGE establece en los párrafos 2.8.2 y 2.8.3 que la información solicitada es parte de un proceso deliberativo, por lo que ha sido considerado por el Estudio de Abogados que patrocina al Estado peruano en la controversia internacional dentro del registro de documentos sujetos a privilegio del Estado peruano, en atención a las disposiciones del artículo 17.1) de la Ley de Transparencia. Sin embargo, de la lectura del artículo mencionado, la Ley de Transparencia no le concede al funcionario público ni a su abogado patrocinador, la facultad de decidir cuándo un documento tiene la característica o está protegido por la confidencialidad, toda vez que, como se mencionó precedentemente, las excepciones al derecho constitucional de acceso a la información pública deben ser analizadas de manera restrictiva, tal como se regula en las disposiciones del artículo 18° de la misma norma.

21. En esta misma línea, cabe señalar que la información solicitada no corresponde a información que servirá para la adopción de una decisión administrativa, sino que ésta ya fue utilizada para la toma de una decisión pasada, tal como se desprende del párrafo 2.8.2 del Informe N° 0138-2021-MINEM/DGE, la misma que consiste en el sustento para la aprobación de la suspensión del Contrato RER, materia de la Adenda N° 6 del mencionado Contrato. Lo cual demuestra, nuevamente, que la decisión de gobierno ya fue tomada, por medio de los Actos Administrativos contenidos en la Resolución Ministerial N° 251-2018-MEM/DGE del 28 de junio de 2018; los informes solicitados forman parte de la documentación financiada por el presupuesto público que sirvió de base a una decisión de naturaleza

administrativa, siendo aplicables las disposiciones del artículo 10 de la Ley de Transparencia, como se mencionó precedentemente.

(...)

25. *En ese sentido, al haberse adoptado las recomendaciones contenidas en los Informes solicitados, la administración ya adoptó decisiones sobre la base de dichos Informes, las cuales se encuentran contenidas en actos administrativos en el marco de las disposiciones del artículo 1.1 del TUO LPAG, con lo cual ha concluido el supuesto de excepción, a que se refiere el artículo 17.1) de la Ley de Transparencia. Asimismo, la entidad no ha acreditado que la información solicitada corresponda a una estrategia de defensa de la entidad, ni la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en el cual vaya a desplegarse una estrategia de defensa.*
26. *Ello porque, como se mencionó anteriormente, se alegó que se encuentra en curso un proceso arbitral, el cual corresponde a un procedimiento extrajudicial ante el CIADI*
27. *Respecto a lo señalado en el acápite 2.8.5 del Informe del MINEM, en el sentido que la información pública solicitada contenida en los Informes solicitados está siendo objeto de discusión en procesos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, y que su publicidad sería perjudicial para los procesos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.4) de la Ley de Transparencia, es necesario tener presente que en ninguno de los supuestos de excepción a que se refiere la mencionada norma, se considera como una causal de excepción la revisión de información pública que haya servido para la adopción de decisiones administrativas anteriores; ya que, tal como ha sido mencionado, la decisión administrativa basada en la información contenida en los Informes solicitados, tiene carácter público.*
28. *Sin embargo, la información contenida en el informe solicitado no ha sido generada con ocasión de la representación de la República del Perú en el proceso arbitral en el que se encuentra, sino que se generó para la adopción de medidas administrativas adoptadas en el pasado, en concreto en 2018, tal como se ha mencionado anteriormente, razón por la cual ésta norma no es aplicable a la Solicitud.*

(...)

30. *Finalmente, el Informe N° 0130-2021-MINEM/DGE, también fundamenta, en el párrafo 2.8.7, que no se puede entregar la información solicitada en base a lo establecido por los artículos 17° y 18° del Reglamento de la Ley N° 28933, que establecen que la información preparada u obtenida por asesores jurídicos, abogados o cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado; generada con ocasión de la representación de la República del Perú en los procesos a los que se refiere el presente Reglamento, tiene carácter confidencial, de acuerdo con el numeral 4) del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806”.*

(...)

Sobre los Informes solicitados a la OGAJ

34. *El Informe N° 352-2021-MINEM/OGAJ establece en los párrafos 3.8 y 3.10 que la información solicitada es parte de un proceso deliberativo, por lo que han sido considerados por el Estudio de Abogados que patrocina al Estado peruano en la controversia internacional dentro del registro de documentos sujetos a privilegio del Estado peruano, en atención a las disposiciones del artículo 17.1) de la Ley de Transparencia. Sin embargo, de la lectura del artículo mencionado, la Ley de Transparencia no le concede al funcionario público ni a su abogado patrocinador, la facultad de decidir cuándo un documento tiene la característica o está protegido*

por la confidencialidad, toda vez que, como se mencionó precedentemente, las excepciones al derecho constitucional de acceso a la información pública deben ser analizadas de manera restrictiva, tal como se regula en las disposiciones del artículo 18º de la misma norma.

35. *En esta misma línea, cabe señalar que la información solicitada no corresponde a información que servirá para la adopción de una decisión administrativa, sino que ésta ya fue utilizada para la toma de una decisión pasada, tal como se desprende del párrafo 1.9 del Informe N° 352-2021-MINEM/OGAJ, la misma que consiste en la aprobación de la suspensión del Contrato RER, materia de la Adenda N° 6 del mencionado Contrato. Lo cual demuestra, de nuevo, que la decisión de gobierno ya fue tomada, por medio del Acto Administrativo contenido en la Resolución Ministerial N° 251-2018-MEM/DGE del 28 de junio de 2018, y los informes solicitados forman parte de la documentación financiada por el presupuesto público que sirvió de base a una decisión de naturaleza administrativa, siendo aplicables las disposiciones del artículo 10 de la Ley de Transparencia, como se mencionó precedentemente.
(...)*
39. *Respecto a lo señalado en el acápite 3.11 del Informe bajo comentario, en el sentido que la información pública solicitada contenida en los Informes solicitados está siendo objeto de discusión en procesos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, y que su publicidad sería perjudicial para los procesos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.4) de la Ley de Transparencia, es necesario tener presente que en ninguno de los supuestos de excepción a que se refiere la mencionada norma, se considera como una causal de excepción la revisión de información pública que haya servido para la adopción de decisiones administrativas anteriores; ya que, tal como ha sido mencionado, la decisión administrativa basada en la información contenida en los Informes solicitados, tiene carácter público.*
40. *Ello es así porque, de acuerdo con las disposiciones del artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1071, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia, se inician en la fecha de recepción de la solicitud para someterla a arbitraje. De acuerdo a la citada norma, existe el deber de confidencialidad para las personas que intervengan en las actuaciones arbitrales de un proceso arbitral, el cual incluye actuaciones arbitrales, laudo y a la información que se conozca a través de dichas actuaciones arbitrales, tal como cita la entidad gubernamental.*

Sin embargo, el MINEM omitió mencionar que la fecha considerada como inicio de las actuaciones arbitrales en el Caso CIADI N° ARB/19/28 es el 30 de agosto de 2019, por lo que los informes Legales: (i) N° 221-2018-MEM/OGJ, de fecha 1 de marzo de 2018; y (ii) N° 630-2018-MEM/OGJ, de fecha 27 de junio de 2018, constituyen información generada por el MINEM previamente al inicio de las actuaciones arbitrales aludidas¹³.

41. *Finalmente, el Informe N° 0130-2021-MINEM/DGE, también fundamenta, en el párrafo 2.8.7, que no se puede entregar la información solicitada en base a lo establecido por los artículos 17º y 18º del Reglamento de la Ley N° 28933, que establecen que la información preparada u obtenida por asesores jurídicos, abogados o cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado; generada con ocasión de la representación de la República del Perú en los procesos a los que se refiere el presente Reglamento, tiene carácter confidencial, de acuerdo con el numeral 4) del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806.*

42. *Asimismo, de acuerdo al artículo 17 del Reglamento de la Ley N° 28933, se establece que la información será clasificada como confidencial, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 17.1) y 17.4) de la Ley de Transparencia; sin embargo, como se ha argumentado a lo largo del presente recurso de apelación, la información contenida en el documento solicitado no ha sido generada con ocasión de la representación de la República del Perú en el proceso arbitral en el que se encuentra, sino que se generó para la adopción de medidas administrativas pasadas, tal como se ha mencionado anteriormente, razón por la cual ésta norma no es aplicable a la Solicitud.*
43. *En ese sentido, al haberse adoptado las recomendaciones contenidas en los Informes solicitados, la administración ya tomó decisiones sobre la base de dichos Informes, las cuales se encuentran contenidas en actos administrativos en el marco de las disposiciones del artículo 1.1 del TUO LPAG, con lo cual ha concluido cualquier supuesto de excepción referido en la Ley de Transparencia, por lo que las disposiciones del Reglamento de la Ley N° 28933 no resultan aplicables”.*

Mediante la Resolución 001162-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA⁵ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos⁶.

Con Oficio N° 0131-2021-MINEM/SG-OADAC, presentado a esta instancia el 7 de junio de 2021, la entidad remite el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de la recurrente; asimismo, se adjuntan los Informes N° 170-2021-MINEM/DGE y N° 464-20201-MINEM-OGAJ, que contienen los descargos a la apelación interpuesta.

INFORME N° 170-2021-MINEM/DGE:

“(…)

III. CONCLUSIONES. -

- 3.1. *De acuerdo a lo señalado en el presente Informe, se cumple con presentar los descargos y absolución del recurso de apelación presentado por Mariana Mallea Quiroz contra la denegatoria de acceso a la información expresada en el Informe N° 130-2021-MINEM/DGE, amparado en los numerales 1) y 4) del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS.*
- 3.2. *Se ratifica el sustento expresado en el Informe N° 130-2021-MINEM/DGE y se presentan los descargos pertinentes en relación a la configuración de las causales de excepción recogidas en los numerales 1) y 4) del Texto Único Ordenado de la Ley N°27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado por Decreto Supremo N°021-2019-JUS, por lo que corresponde, declararse INFUNDADO el recurso de apelación y confirmar la decisión de denegatoria total para acceder a la información solicitada, en tanto dicha información contiene documentación que califique como confidencial”.* (Subrayado agregado)

⁵ Resolución de fecha 1 de junio de 2021, la cual fue debidamente notificada a la Mesa de Partes Virtual de la entidad: http://pad.minem.gob.pe/SIGEDVIRTUAL_INGRESO, el 2 de junio de 2021 a horas 09:47, generándose el Expediente N° 3153620, 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.

⁶ Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes Física y Virtual correspondiente al día de hoy.

INFORME N° 464 -2021-MINEM-OGAJ:

(...)

2. ANÁLISIS

- 2.6. *En ese contexto, en la etapa de consultas y negociación, encontrándose en curso el proceso arbitral, la Defensa del Estado ha solicitado la confidencialidad de los informes legales citados en el punto 2.3 del presente informe, habida cuenta que numeral 1 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806, establece que el derecho de acceso a la información pública se encuentra limitado y/o no se puede materializar respecto de la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma una decisión de gobierno.*
- 2.7. *El proceso en sede nacional, en sí, no ha concluido y la inexecución del contrato, se encuentra en deliberación por los mecanismos establecidos en el contrato de suministro de energía renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional. En ese caso, el Reglamento de la Ley N° 28933, aprobado mediante Decreto Supremo N° 125- 2008-EF, establece en su artículo 18 que toda información, comunicación o documento, sea escrito, electrónico o audio- visual, a los que se refiere el artículo 172 del Reglamento, debe mantenerse en estricta confidencialidad. (el subrayado es propio).*
- 2.8. *En esa línea, el numeral 4) del artículo 17 del TUO de la Ley 27806 considera que dicha información debe estar únicamente al alcance del Estado peruano y en la condición de información confidencial, en tanto no concluya el proceso arbitral. En consecuencia, la denegatoria de la información, no responde a la facultad discrecional de la administración, sino más bien a norma expresa de perfecta aplicación al presente caso y el propio contrato que también es Ley entre las partes, sometido a jurisdicción arbitral en el marco de lo dispuesto en el artículo 10.15 del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos de América aprobado con Resolución Legislativa NO 28766. Cabe destacar que la Constitución Política en el art. 55, reconoce la fuerza de Ley de los Tratados Internacionales celebrados por El Estado.*
- 2.9. *En consecuencia, no es exacta la tesis de la ciudadana Mallea Quiroz, en el sentido que las decisiones del gobierno con las resoluciones ministeriales de ampliación de plazo del contrato citado precedentemente, concluyen la vía administrativa y como tales, excluyen la reserva de confidencialidad de los informes legales: 221-2018-MEM/OGAJ y el Informe N° 630-2018-MEM/OGAJ. Los fundamentos de los citados documentos se sustentaron en los acuerdos de trato directo y el ejercicio del derecho de evaluar el acuerdo transaccional o similar, durante la etapa de Solución de Controversias, previsto en el propio contrato. Se observa que la opinión técnica, ya señaló que, el parámetro de evaluación en su amplitud, facilitando la solución a las discrepancias derivadas de la inexecución del contrato, en la etapa previa a un eventual arbitraje, el cual se encuentra en trámite.*

(...)

3. CONCLUSIÓN

La Solicitud de Acceso a la Información Pública (SAIP), denegada mediante el Informe 352-2021-MINEM/OGAJ, que deniega el acceso a la Información Pública a la ciudadana Mariana Mallea Quiroz, responde a las excepciones establecidas en la ley". (Subrayado agregado)

Asimismo, mediante escrito presentado en la fecha, la recurrente solicitó se emita un pronunciamiento sobre el recurso de apelación presentado.

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.

A su vez, 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-JUS⁷, 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 mismo 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. Asimismo, precisa el referido artículo que, 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 finalmente que, el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley.

A su vez el numeral 1 del artículo 17 de la misma norma señala que el derecho de acceso a la información pública tiene como excepción 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.

De otro lado, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de 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; agrega dicha norma que esta excepción termina al concluir el proceso.

Asimismo, el Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, establece en su numeral 3 del artículo 51 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. 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.

⁷ En adelante, Ley de Transparencia.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 18 de la referida ley señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

Adicionalmente a ello, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁸, 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 en discusión

De autos se aprecia que la controversia consiste en determinar si la información requerida se encuentra contemplada en las excepciones reguladas en los numerales 1 y 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Sobre el particular, toda documentación que obra en el archivo o dominio estatal es de carácter público para conocimiento de la ciudadanía por ser de interés general, conforme lo ha subrayado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4865-2013-PHD/TC indicando:

“La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos”

Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que consagra expresamente el Principio de Publicidad, establece que *“Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”*. Es decir, establece como regla general la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción.

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD/TC, ha señalado respecto del mencionado Principio de Publicidad lo siguiente:

“(...) Esta responsabilidad de los funcionarios viene aparejada entonces con el principio de publicidad, en virtud del cual toda la información producida por el Estado es, prima facie, pública. Tal principio a su vez implica o exige necesariamente la posibilidad de acceder efectivamente a la documentación del Estado”.

Sobre el particular cabe mencionar que, 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, de ahí que las excepciones al derecho*

de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.” (Subrayado agregado)

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que 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, 4 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)

Dentro de ese contexto, el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia 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 tal sentido, efectuando una interpretación contrario sensu, es perfectamente válido inferir que la administración pública tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella que se encuentra obligada a contar.

En el caso de autos, la recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico “(...) copia de los siguientes informes Legales: (i) N° 221-2018-MEM/OGJ, de fecha 1 de marzo de 2018; (ii) N° 252-2018-MEM/DGE, de fecha 27 de junio de 2018; y (iii) N° 630-2018-MEM/OGJ, de fecha 27 de junio de 2018”.

Al respecto, la entidad denegó lo solicitado por el recurrente a través de los Informes N° 352-2021-MINEM-OGAJ y N° 0130-2021-MINEM-DGE, alegando que el Informe N° 221-2018-MEM-OGAJ, contiene la opinión legal del proyecto de resolución ministerial para la ampliación del plazo del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) por el Proyecto Central Hidroeléctrica Laguna Azul (hoy denominado Central Hidroeléctrica Mamacocha) hasta el 30 de junio de 2018, el Informe N° 630-2018-MEM-OGAJ también contiene la opinión legal a la propuesta del proyecto descrito precedentemente, para una nueva ampliación del plazo de suspensión hasta el 30 de septiembre de 2018 y el Informe N° 252-2018-MEM/DGE evalúa las disposiciones de solución de controversias previstas en el Contrato RER y emite una opinión sobre la prórroga de suspensión del referido contrato.

En ese contexto dichos informes se encuentran considerados en el registro de documentos sujetos a privilegio del Estado Peruano, inmersos en el Arbitraje Internacional iniciado por las empresas Latam Hydro LLC y Mamacocha S.R.L. contra la República del Perú (CIADI Caso Nro. ARB/19/28), ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en atención a ello, se denegó la solicitud de información correspondiente a los informes elaborados teniendo en cuenta que dicha información alude y contiene recomendaciones, consejos y opiniones legales que forman parte de un proceso deliberativo actual en el que está participando el Estado, y que no han sido

revelados a la fecha; sobre todo, considerando que dicha información viene siendo analizada y trabajada por los asesores jurídicos del Estado peruano quienes se encuentran elaborando una estrategia legal en su defensa frente al Tribunal del CIADI lo cual es concordante con los numerales 1 y 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Asimismo, vale señalar que mediante el documento de descargos contenido en el Oficio N° 0131-2021-MINEM/SG-OADAC, se adjuntan los Informes N° 170-2021-MINEM/DGE y N° 464-20201-MINEM-OGAJ, los cuales reiteran los argumentos antes señalados.

Sobre el particular, es importante señalar que conforme al Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC citado precedentemente, corresponde a las entidades la carga de la prueba respecto de la confidencialidad de la información remitida; siendo esto así, les corresponde acreditar fehacientemente dicha condición al ser invocado a través de una denegatoria.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de: “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” (subrayado agregado).

Sobre el particular cabe señalar que el solo hecho de que un asunto se encuentre aún en una fase de deliberación o en el marco de un procedimiento en trámite, sin que se haya adoptado una decisión final al respecto, no es el único elemento a considerar para que una información se encuentre protegida por la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sino que en dicha causal existen otros elementos que también deben ser considerados para configurar dicho supuesto.

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.

Así, para que se configure la aludida causal no es suficiente pues aducir que la información solicitada se encuentra dentro de un proceso deliberativo en curso, sino que es necesario establecer si la información solicitada contiene consejos, recomendaciones u opiniones relativos a la adopción de la decisión, que dicha decisión tenga la característica de una “*decisión de gobierno*”; así como que la documentación requerida no tenga carácter público.

En dicha línea, 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).

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.

Sin embargo, la entidad no ha determinado la forma o parte del contenido de los Informes Legales N° 221-2018-MEM/OGJ, N° 252-2018-MEM/DGE y N° 630-2018-MEM/OGJ forman parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno y contenga consejos, recomendaciones u opiniones; por tanto, la entidad no ha acreditado fehacientemente el supuesto de excepción invocado conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

Ahora bien, con relación a la excepción al derecho de acceso a la información pública invocada por la entidad, respecto al numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05549-2015-PHD/TC, lo siguiente:

“(…) A criterio de este Tribunal, dicho límite será entendido correctamente desde una interpretación tuitiva del derecho invocado, como corresponde ante solicitudes de información de documentación emitida o actuada al interior de procesos judiciales o arbitrajes en trámite, que en cada caso se señale y evalúe si lo solicitado, al ser entregado, revelaría la estrategia legal desarrollada por los letrados a cargo de la defensa de los intereses de las entidades públicas, pues la distinción casuística asegura que el ciudadano pueda fiscalizar el actuar del Estado.”

En ese sentido, el supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia exige el cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos:

1. La existencia de cierta información que haya sido creada o se encuentre en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis o recomendaciones, entre otros;
2. Que la información haya sido elaborada u obtenida por los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;
3. Que la información corresponda a una estrategia de defensa de la entidad; y,
4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

Así, para que cierta información sea considerada confidencial y se encuentre amparada por el citado supuesto de excepción, es necesario que los referidos requisitos sean cumplidos de manera concurrente.

Con respecto al requisito previsto en el numeral 1, los documentos solicitados son los Informes Legales N° 221-2018-MEM/OGJ, N° 252-2018-MEM/DGE y N° 630-2018-MEM/OGJ, cuya existencia y tenencia ha sido reconocida por la entidad, por lo que este requisito se encuentra acreditado.

En cuanto al requisito establecido en el numerales 2, es pertinente advertir se ha acreditado que los referidos informes legales por su propia condición han sido elaborados por la entidad, conteniendo en ellos una evaluación jurídica o legal, como por ejemplo el Informe N° 221-2018-MEM-OGAJ, contiene la opinión legal del proyecto de resolución ministerial para la ampliación del plazo del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) por el Proyecto Central Hidroeléctrica Laguna Azul (hoy denominado Central Hidroeléctrica Mamacocha) hasta el 30 de junio de 2018, el Informe N° 630-2018-MEM-OGAJ también contiene la opinión legal a la propuesta del proyecto descrito precedentemente, para una nueva ampliación del plazo de suspensión hasta el 30 de septiembre de 2018 y el Informe N° 252-2018-MEM/DGE evalúa las disposiciones de solución de controversias previstas en el Contrato RER y el Tratado y la prórroga de suspensión del Contrato RER propuesta y emite una opinión sobre la de prórroga de suspensión del referido contrato.

Con relación al numeral 3, no se ha acreditado que dichos informes correspondan a una estrategia de defensa de la entidad, por lo que no se cumple la referida disposición.

Sobre el requisito contemplado en el numeral 4, la entidad señala que los informes solicitados forman parte del Proceso Arbitral con el Caso Nro. ARB/19/28, iniciado por las empresas Latam Hydro LLC y Mamacocha S.R.L. contra la República del Perú ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), sin embargo, de autos no se advierte que la entidad haya demostrado la existencia del mencionado proceso de arbitraje en trámite, no obstante que le corresponde acreditar documentariamente el supuesto de excepción alegado, como sería, entre otras alternativas, con un reporte o constancia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones sobre el estado del referido proceso arbitral, copia del acta de instalación del Tribunal Arbitral o una copia de alguna notificación de una resolución o disposición emitida por el Tribunal correspondiente, siendo insuficiente hacer mención al el Caso Nro. ARB/19/28, no existiendo en autos mayores elementos que permitan validar el cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados.

En efecto, de autos se advierte que la entidad no ha demostrado la existencia conjunta de los cuatro requisitos exigidos por la referida norma para calificar como confidencial la información solicitada por la recurrente.

En consecuencia, al no haberse desvirtuado el principio de publicidad ni acreditado los supuestos de excepción establecidos en los numerales 1 y 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el argumento de la entidad para denegar la información solicitada debe ser desestimado.

De otro lado, es pertinente traer a colación lo señalado por el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, que establece lo siguiente:

“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).

Conforme se advierte de la referida norma, la confidencialidad de un proceso arbitral está reservada a las partes; sin embargo, para que determinada documentación no sea pública, quien alega tal reserva debe acreditar fehacientemente lo siguiente:

1. La existencia de un proceso arbitral que se encuentre en trámite.
2. Indicios que el documento solicitado forma parte o ha sido ingresado al referido proceso arbitral.

En el presente caso se tiene que la entidad ha alegado en su respuesta así como en el escrito de descargos que los documentos solicitados forman parte de un proceso arbitral que a la fecha se encuentra en trámite, haciendo referencia que es parte en el Caso Nro. ARB/19/28 el cual se desarrolla en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Asimismo, y en concordancia con los requisitos de confidencialidad antes referidos, la entidad tiene la carga de acreditar que los Informes Legales N° 221-2018-MEM/OGJ, N° 252-2018-MEM/DGE y N° 630-2018-MEM/OGJ solicitados por la recurrente, han sido efectivamente incorporados en el referido proceso arbitral, pues de la revisión del íntegro del expediente no existe evidencia que dichos documentos hayan sido presentados como parte del expediente en disputa o como un medio probatorio ofrecido por las partes.

En consecuencia, siendo que la entidad no acreditó documentalmente en autos la

existencia del Caso Nro. ARB/19/28, que este se encuentre aun en trámite, y que Informes Legales N° 221-2018-MEM/OGJ, N° 252-2018-MEM/DGE y N° 630-2018-MEM/OGJ hayan sido ingresados o formen parte de los antecedentes del referido arbitraje, se concluye que no se ha demostrado las causales de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por la Ley de Transparencia, de modo que la Presunción de Publicidad sobre dicha documentación no ha sido desvirtuada, debiendo estimarse el recurso de apelación materia de análisis.

- **Con relación al plazo para resolver los recursos de apelación**

Sobre el particular, cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16-B del Reglamento de la Ley de Transparencia, esta instancia cuenta con el plazo máximo de diez (10) días hábiles para resolver a partir de la admisión del recurso de apelación, situación que se hace de conocimiento de la recurrente para mayor ilustración en materia del procedimiento de acceso a la información pública.

Cabe resaltar, que dicha normativa fue señalada expresamente en la Resolución N° 001162-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA de fecha 1 de junio de 2021 que admitió a trámite su recurso de apelación, por lo que al momento de presentarse el escrito de la recurrente en la fecha, esta instancia se encontraba dentro del plazo legalmente establecido para resolver la materia de autos.

Finalmente, en virtud de lo previsto por el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

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:

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **MARIANA MALLEA QUIROZ**; en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** que entregue la información pública solicitada por el recurrente conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, bajo apercibimiento de que

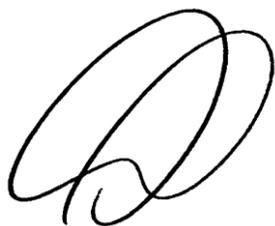
la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **MARIANA MALLEA QUIROZ**.

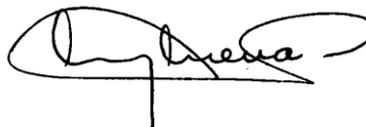
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución **MARIANA MALLEA QUIROZ** y al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**, 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



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: uzb

VOTO SINGULAR DEL VOCAL SEGUNDO ULISES ZAMORA BARBOZA

Con el debido respeto por mis colegas Vocales Titulares de la Primera Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dentro del marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10°- D del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS⁸, debo señalar que en el presente caso mi voto es porque se declara INFUNDADO el recurso de apelación, por los siguientes argumentos:

La entidad ha precisado que la documentación requerida se encuentra dentro de un proceso arbitral, identificando plenamente el número que identifica al referido proceso: Caso Nro. ARB/19/28, iniciado por las empresas Latam Hydro LLC y Mamacocha S.R.L. contra la República del Perú; asimismo, señaló que la institución en la cual se viene llevando a cabo dicho arbitraje, manifestando que esta desarrolla en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

En esa línea, con el objeto de confirmar lo dicho se procedió a ingresar al portal web del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI, accediendo a los detalles del Caso Nro. ARB/19/28, tal como se muestra en la imagen que a continuación presentamos:

The screenshot displays the ICSID website interface for Case No. ARB/19/28. The page is titled 'Cases' and includes navigation tabs for 'Overview', 'Cases Database', 'Pending Cases', 'Concluded Cases', and 'Recent Cases'. The main section is 'Case Details' for 'Latam Hydro LLC and CH Mamacocha S.R.L. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/19/28)'. It features sub-tabs for 'PROCEEDING', 'MATERIALS', and 'PROCEDURAL DETAILS'. The 'PROCEDURAL DETAILS' tab is active, showing a table of case information. Key details include: Subject of Dispute: Renewable energy generation enterprise; Economic Sector: Electric Power & Other Energy; Instrument(s) Invoked: Contract, United States of America - Peru Trade Promotion Agreement (TPA); Applicable Rules: ICSID Convention - Arbitration Rules; Date of Constitution of Tribunal: March 9, 2020; Status of Proceeding: Pending; and Latest Development: May 24, 2021 - The Tribunal issues Procedural Order No. 5 concerning production of documents.

Subject of Dispute:	Renewable energy generation enterprise
Economic Sector:	Electric Power & Other Energy
Instrument(s) Invoked: (i)	Contract, United States of America - Peru Trade Promotion Agreement (TPA)
Applicable Rules:	ICSID Convention - Arbitration Rules
(a) Original Proceeding	
Claimant(s)/Nationality(ies): (i)	Latam Hydro LLC (U.S.), CH Mamacocha S.R.L. (Peruvian)
Respondent(s):	Republic of Peru (Peruvian)
Date Registered:	September 19, 2019
Date of Constitution of Tribunal:	March 9, 2020
Composition of Tribunal	
President:	Albert Jan VAN DEN BERG (Dutch) - Appointed by the Parties
Arbitrators:	Guido Santiago TAWIL (Argentine, Portuguese) - Appointed by the Claimant(s) Raul E. VINUESA (Argentine, Spanish) - Appointed by the Respondent(s)
Party Representatives	
Claimant(s):	Baker & Hostetler, Washington, D.C. and New York, NY, U.S.A
Respondent(s):	Comisión Especial que Representa a la República del Perú en Controversias Internacionales de Inversión, Lima, Peru Arnold & Porter Kaye Scholer, Washington, D.C., U.S.A and London, U.K.
Language(s) of Proceeding:	English, Spanish
Status of Proceeding:	Pending
Latest Development:	May 24, 2021 - The Tribunal issues Procedural Order No. 5 concerning production of documents.

⁸ **Artículo 10-D.- Funciones de los Vocales**

El vocal tiene las siguientes funciones:

(...)

3) Participar y votar en las sesiones de la Sala que integra; así como, expresar las razones de su voto singular o discrepante.

De dicha imagen puede advertir datos importantes como los siguientes:

<i>Inglés</i>	<i>Español</i>
<i>Date Registered: September 19, 2019</i>	<i>Fecha de Registro: 19 de setiembre de 2019</i>
<i>Status of Proceeding: Pending</i>	<i>Estado del Procedimiento: Pendiente</i>
<i>Latest Development: May 24, 2021 – The Tribunal Issues Procedural Order No. 5 concerning production of documents</i>	<i>Última Actuación: 24 de mayo de 2021, El Tribunal emite la Orden Procesal No. 5 relativa a la presentación de documentos</i>

Siendo esto así, a criterio del suscrito, la entidad ha acreditado la existencia de un proceso arbitral, el organismo en el que se viene llevando a cabo, así como ha afirmado que dicho procedimiento se encuentra en trámite, lo cual fue corroborado; por lo que a criterio del suscrito ha acreditado fehacientemente la causal invocada dentro del marco del Principio de Buena Fe Procedimental consagrado en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, que señala lo siguiente:

“(...)

1.8. *Principio de buena fe procedimental. - La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley*; así como el artículo 52 del mismo cuerpo legal que señala: “*Artículo 52.- Valor de documentos públicos y privados 52.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades*”.

En tal sentido, la entidad no solamente ha invocado la causal, sino que ha expresado el número de procedimiento y la institución arbitral correspondiente, por lo que corresponde declarar Infundado el recurso de apelación.



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente