



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 0000074-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01629-2020-JUS/TTAIP
Recurrente : **JUAN PABLO PARIAN MITACC**
Entidad : **ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 22 de enero de 2021



VISTO el Expediente de Apelación N° 01629-2020-JUS/TTAIP de fecha 15 de diciembre de 2020, interpuesto por **JUAN PABLO PARIAN MITACC** contra el Memorando N° D000456-2020-OSCE-PROC de fecha 14 de diciembre de 2020, mediante el cual el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 5 de diciembre de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES



Con fecha 5 de diciembre de 2020, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó que la entidad le proporcione vía correo electrónico, la siguiente información:

“2.1 Archivo PDF que contenga la copia digitalizada del Expediente N° 1840/2017.TCE.¹

2.2. Archivo Excel que contenga el listado de expedientes judiciales culminados y/o en proceso en los cuales el OSCE y/o el Tribunal de contrataciones del Estado haya sido parte, y que use la Procuraduría Pública del OSCE para el control o seguimiento de sus casos.²

2.3. Archivo Excel que contenga el listado de los expedientes judiciales contenciosos administrativos culminados y/o en proceso en los cuales el OSCE y/o Tribunal de Contrataciones del Estado haya sido parte, respecto al periodo comprendido desde enero de 2015 a diciembre de 2020.³



Mediante el Memorando N° D000456-2020-OSCE-PROC de fecha 14 de diciembre de 2020, remitido al recurrente vía correo electrónico, la entidad denegó la entrega de la información requerida a través del ítem 2 y 3 de la solicitud de acceso a la información pública, señalando que la misma *“es una información confidencial en aplicación de la disposición del numeral 4 del artículo 17° del TUO de la Ley de Transparencia por tratarse de información protegida por el secreto profesional”*;

¹ En adelante, ítem 1.

² En adelante, ítem 2.

³ En adelante, ítem 3.

asimismo, sostiene que “(...) es información prevista en el tercer párrafo del artículo 13° de la Ley, en la cual, la Procuraduría tendría que revisar los Legajos para obtener la información específica solicitada, creando o produciendo la información, que es el supuesto excluido por la Ley”.

Con fecha 15 de diciembre de 2020, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, manifestando su desacuerdo con la respuesta brindada por la entidad. Entre los argumentos expuestos, señala que la entidad no atendió el requerimiento efectuado mediante el ítem 1 y respecto a los ítems 2 y 3, no ha motivado la denegatoria de la información conforme a ley. Asimismo, requirió que esta instancia ordene a la entidad “que disponga las acciones para determinar el deslinde de responsabilidad administrativa disciplinaria contra los servidores que emitieron el Memorando N° 00456-2020-OSCE-PROC, de fecha 14.12.2020, contraviniendo la Ley N° 27806 y su Reglamento.”

A través de la Resolución N° 010100172021⁴ de fecha 5 de enero de 2021, esta instancia le solicitó que remita el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud del recurrente y formule sus descargos, requerimientos que fueron atendidos mediante Escrito N° 01 de fecha 22 de enero de 2021.

Mediante el citado escrito, la entidad señala haber atendido el ítem 1 de la solicitud con el Memorando N° D001197-2020-OSCE-STCE; asimismo, respecto a los ítems 2 y 3, reitera los argumentos señalados a través del Memorando N° D000456-2020-OSCE-PROC.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁵ establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En este marco, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS⁶, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

A su vez, el artículo 10 de la Ley de Transparencia, establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 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.

⁴ Resolución notificada con fecha 18 de enero de 2021, mediante la Cédula de Notificación N° 375-2020-JUS/TTAIP.

⁵ En adelante, la Constitución.

⁶ En adelante, Ley de Transparencia.

En ese sentido, el numeral 4 del artículo 17 de la referida norma señala que dicho derecho no podrá ser ejercido respecto a la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁷, 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 protegida por alguna excepción al derecho de acceso a la información pública establecida en la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Conforme al principio de publicidad contemplado en el artículo 3 de la Ley de Transparencia, toda la información que posea el Estado se presume pública y, por ende, la entidad está obligada a entregarla, salvo que esta se encuentre comprendida en las excepciones mencionadas en dicha norma.

Además, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, señaló que:

“[...] la información pública debe hacerse pública no sólo cuando una persona lo solicite sino que la Administración Pública tiene el deber de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información, así no lo sea solicitada, salvo el caso de las excepciones permitidas constitucionalmente y especificadas estrictamente en la ley de desarrollo constitucional de este derecho fundamental.” (subrayado agregado)

De allí que, el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución Política del Perú y desarrollado a nivel legal, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración Pública, salvo que su ley de desarrollo constitucional, la Ley de Transparencia, indique lo contrario.

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

⁷ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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

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

En el caso de autos, el recurrente solicitó la entrega de información referida al “Expediente N° 1840/2017.TCE” y dos listas de “expedientes judiciales culminados y/o en proceso en los cuales el OSCE y/o el Tribunal de contrataciones del Estado haya sido parte”, y la entidad, mediante el Memorando N° D000456-2020-OSCE-PROC de fecha 14 de diciembre de 2020, denegó la entrega de las citadas listas, señalando que es información confidencial en virtud a la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; omitiendo emitir pronunciamiento respecto al “Expediente N° 1840/2017.TCE”.

a) En relación al ítem 1 de la solicitud de información

Sobre el particular, mediante la formulación de sus descargos, la entidad señala haber proporcionado el expediente administrativo solicitado con la entrega del Memorando N° D001197-2020-OSCE-STCE, remitido vía correo electrónico de fecha 16 de diciembre de 2020,



Se advierte de la documentación presentada por la entidad que, con posterioridad a la interposición del recurso impugnatorio por parte del recurrente, mediante el correo electrónico de fecha 16 de diciembre de 2020, la entidad señala haber remitido el Memorando N° D001197-2020-OSCE-STCE y el enlace para acceder a la información solicitada; por lo que no existe controversia respecto a la posesión y naturaleza pública de dicha documentación, sin embargo, corresponde a esta instancia verificar la efectiva entrega de dicha información al recurrente.



En relación a las comunicaciones cursadas vía correo electrónico, el numeral 20.4 del artículo 20 de Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.⁸, establece que:

“20.4 El administrado interesado o afectado por el acto que hubiera consignado en su escrito alguna dirección electrónica que conste en el expediente puede ser notificado a través de ese medio siempre que haya dado su autorización expresa para ello. Para este caso no es de aplicación el orden de prelación dispuesto en el numeral 20.1.

La notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando la entidad reciba la respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado. La notificación surte efectos el día que conste haber sido recibida, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 25.



En caso de no recibirse respuesta automática de recepción en un plazo máximo de dos (2) días útiles contados desde el día siguiente de efectuado el acto de notificación vía correo electrónico, se procede a notificar por cédula conforme al inciso 20.1.1 (...)” (subrayado agregado).

Siendo ello así, obra en los descargos presentados por la entidad el correo electrónico de fecha 16 de diciembre de 2020, dirigido al recurrente en el que se señala que se remite la información solicitada mediante un enlace web; sin embargo, no consta la confirmación de recepción de dicho mensaje electrónico por parte del recurrente, una respuesta automática emitida por un sistema informatizado o el servidor del correo electrónico institucional de confirmación de envío, conforme lo exige el numeral 20.4 del artículo 20 de la Ley N° 27444, por lo que este colegiado no puede tener por bien notificado al recurrente con la información requerida al no existir evidencia indubitable de su entrega, correspondiendo amparar este extremo del recurso de apelación materia de análisis, con la finalidad de que la entidad acredite la entrega de dicha información.

b) En relación a los ítems 2 y 3 de la solicitud de información

Al respecto, cabe reiterar que la información requerida por el recurrente consiste en la entrega de dos listados de expedientes: *“expedientes judiciales culminados y/o en proceso en los cuales el OSCE y/o el Tribunal de Contrataciones del Estado haya sido parte”, y “expedientes judiciales contenciosos administrativos culminados y/o en proceso en los cuales el OSCE y/o Tribunal de Contrataciones del Estado haya sido parte, respecto al periodo comprendido desde enero de 2015 a diciembre de 2020”* habiendo precisado además que, debe *“detallarse mínimo la siguiente información:*

⁸ En adelante, Ley N° 27444.

Número completo del Expediente, Juzgado. Especialidad, o información similar a efectos de contar con datos suficientes (criterios de búsqueda) para poder realizar la búsqueda en el Sistema CEJ (Consulta de Expedientes Judiciales) del Poder Judicial”, conforme se aprecia de la solicitud de acceso a la información pública.

Conforme se ha señalado anteriormente, estos extremos de la información requerida por el recurrente, fueron denegados por la entidad señalando que se trata de información confidencial en virtud a la excepción contemplada en el numeral 4 de la Ley de Transparencia, por tratarse de información protegida por el secreto profesional, haciendo referencia expresa a los procesos en general; asimismo, entre otros argumentos manifiesta que:

“f) Es importante puntualizar que es correcto no hemos negado la existencia del documento relativo al archivo con la relación de procesos, en el cual registramos los casos y la información que es útil para nuestro trabajo profesional, sin embargo del reconocimiento de la existencia del documento no se infiere que éste sea de acceso libre y que existe el derecho a obtener la información de los procesos a cargo de la Procuraduría Pública.

(...)

b) En primer lugar corresponde puntualizar que la excepción que prevé la norma no está referida a requisitos acumulativos, sino a dos supuestos independientes: i.- 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 ii.- cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado.

(...)

c) Es evidente que al invocar la excepción, respecto del pedido de entrega de la relación de todos los procesos judiciales seguidos contra el Tribunal de Contrataciones del Estado - TCE, nos referíamos lógicamente al requisito ii relativo a cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado, siendo incuestionable que la relación de todos los procesos seguidos contra una dependencia de la entidad (TCE), es una información que no es de acceso libre, por lo menos sin el consentimiento expreso de la entidad, no siendo prerrogativa del Abogado Procurador decidir arbitrariamente la entrega de dicha información.

(...)

d) **No corresponde por tanto fusionar los requisitos para plantear interrogantes tales como: si el listado afecta el secreto profesional o una estrategia de defensa o si el archivo Excel ha sido elaborado por un abogado o asesor jurídico de la entidad, puesto que en cualquier caso es incuestionable que se trata de información relevante comprendida en el ámbito que prevé la Ley de “cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado”, que ratificamos no es única ni principalmente un derecho (previsto en el inciso 18 del artículo 2° de la Constitución) del profesional, sino también del patrocinado a quién concierne la información comprendida en la relación.**

(...)

k) En resumen, la información relativa a **la relación de los procesos en trámite seguidos contra el Tribunal**, inclusive la que concierne estrictamente a los casos en los que es emplazada la Procuraduría Pública **comprende también información de los procesos dirigidos contra la entidad y contra los funcionarios** de la entidad, que tienen un emplazamiento y una intervención independiente en los procesos, especialmente en los de amparo.

(...)

5) Consideramos pertinente puntualizar que en el caso de la relación de procesos concluidos, la observación planteada por la Procuraduría estuvo referida a que el listado **no contiene la totalidad de los datos que requería el solicitante en particular el número completo del expediente** que pudiera servir para poder realizar la búsqueda en el sistema de Consulta de Expedientes Judiciales - CEJ del Poder Judicial, comprendiendo el listado únicamente el N° de orden del expediente y el año sin incluir los demás códigos del número de expediente. (...)” (subrayado agregado)

En ese sentido, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto a la entrega de las listas requeridas, las cuales según lo señalado por el recurrente debe comprender por lo menos el “Número completo del Expediente” y “Juzgado. Especialidad”.

Respecto a la excepción invocada por la entidad, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia señala que es información confidencial la “información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.” (subrayado agregado)

Respecto a la información requerida por el recurrente, corresponde señalar que el derecho al secreto profesional se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 18, de la Constitución Política del Perú en el cual se indica que toda persona tiene derecho “A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional”.

En este marco, el artículo 220 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil⁹ indica en el Título VIII sobre medios probatorios, que “Nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.”, y el numeral 2 a) del artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal¹⁰, en el capítulo II, sobre la prueba testimonial, dispone que los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial y en relación a los funcionarios públicos deberán abstenerse de rendir testimonio cuando se trate de información clasificada como reservada o secreta¹¹.

⁹ Aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS

¹⁰ Aprobado por Decreto Legislativo N° 957.

¹¹ Artículo 165 Abstención para rendir testimonio. -

2. Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la Ley deban guardar secreto profesional o de Estado:

a) Los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre

Por su parte, el artículo 165 del Código Penal tipifica el delito de violación del secreto profesional sancionando con pena privativa de libertad y multa a “*El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado (...)*”.

Asimismo, el artículo 30 del Código de Ética del Abogado, aprobado por Resolución de Presidencia de Junta de Decanos N° 001-2012-JDCAP-P¹², señala que “*el secreto profesional es el deber de reserva que tiene el abogado para proteger y mantener en la más estricta confidencialidad los hechos e información referidos a un cliente o potencial cliente que conoce con ocasión de la relación profesional*”; el artículo 32 de dicho código indica que “*el abogado tiene el derecho y el deber de oponerse a revelar la información protegida por el secreto profesional ante requerimientos de la autoridad*”¹³.

Conforme se advierte de las normas mencionadas, el Código Procesal Penal otorga un tratamiento diferente a la obligación de abstenerse de brindar declaración testimonial cuando se trata del secreto profesional, señalando para el caso de los funcionarios públicos que esto corresponde solo respecto de la información clasificada como reservada o secreta, de lo que es posible inferir que el servidor público está obligado a brindar información en poder de la administración pública, en una declaración testimonial cuando se trate de información confidencial y aquella que no ha sido clasificada como secreta o reservada.

Al margen de lo señalado anteriormente, en relación al deber de reserva de la información a la que tienen acceso los servidores públicos, el numeral 3 del artículo 7 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, indica que el servidor público tiene entre sus deberes “*guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de los deberes y las responsabilidades que le correspondan en virtud de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública*”, lo que nos permite advertir que cuando se trata de información en poder de la administración pública el deber de reserva que deben guardar los servidores públicos no es absoluto, pues debe cumplirse a la luz del Principio de Publicidad que ostenta dicha información.

ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por Ley expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

b) Los funcionarios y servidores públicos si conocen de un secreto de Estado, esto es, de una información clasificada como secreta o reservada, tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite. En estos casos se suspenderá la diligencia y se solicitará información al ministro del Sector a fin de que, en el plazo de quince días, precise si, en efecto, la información requerida se encuentra dentro de los alcances de las excepciones establecidas en el texto único ordenado de la Ley de la materia (...)

¹² Disponible en:

http://cal.org.pe/archivos_oficiales/2015/etica/codigo_de_etica_del_abogado_051114.pdf
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/433747/CO%CC%81DIGO_DE_E%CC%81TICA_DEL_ABOGADO.PDF

¹³ Como referencia ilustrativa podemos citar el artículo 35 del Código Voluntario de Buenas Prácticas del Abogado de 2011¹³ según el cual “*el Abogado, en cualquier caso, tiene el derecho y el deber de oponerse a revelar la Información Confidencial protegida por el Secreto Profesional ante requerimientos de la Autoridad. En ese caso, el Abogado puede indicar a la Autoridad que dirija su solicitud directamente al titular de la información.*”



Cabe agregar que con miras a la prevención de determinados delitos, la protección del secreto profesional ha sido limitada para casos especiales, así el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1106¹⁴, dispone la sanción con pena privativa de libertad a quien incumpliendo obligaciones funcionales o profesionales omitiera comunicar operaciones o transacciones sospechosas que hubiera detectado en el ejercicio de sus funciones¹⁵ y el numeral 29 del inciso 3.1 del Decreto Legislativo N° 1249¹⁶, dispone que están obligados a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú e implementar el sistema de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, entre otras personas naturales y jurídicas, los abogados que realizan en nombre de un tercero o por cuenta de este, de manera habitual, determinadas actividades relacionadas a la gestión de personas jurídicas, salvo la información sujeta al secreto profesional.¹⁷

Al respecto, el Tribunal Constitucional en los fundamentos 5, 6 y 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 7811-2005-PA/TC señaló:

"5. El derecho a "guardar el secreto profesional" supone una obligación para el profesional (abogado, notario, médico, periodista, etc.) de mantener en reserva o confidencialidad las confesiones, hechos, situaciones o cualquier noticia de la que haya tomado conocimiento, o que se le haya confiado de modo directo en su condición de profesional o técnico en determinada arte o ciencia. Dicha obligación le impone que no divulgue ni participe a otros dichos "secretos" sin consentimiento de la persona a quien le conciernan. El secreto profesional es, así, una garantía para el ejercicio de determinada profesión u oficio, de modo que ninguna autoridad o poder público, en general, pueda obligar a entregar dicha información reservada para usos propios de la profesión (STC 0134-2003-HD/TC, Fundamento Jurídico N.O 3)

6. Esta garantía resulta fundamental cuando la profesión u oficio guarda estrecha relación con el ejercicio de otras libertades públicas, como es el caso de los periodistas respecto de la libertad de información y expresión, o de los abogados con relación al ejercicio del derecho de defensa. En estos supuestos, se trata de preservar y garantizar el ejercicio libre de las profesiones, de los periodistas, médicos o

¹⁴ Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, publicado el 19 de abril de 2012

¹⁵ Artículo 5.- *"El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal."*

¹⁶ Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo, publicado el 26 de noviembre del 2016,

¹⁷ Artículo 3.- **De los sujetos obligados a informar**

3.1. Son sujetos obligados a informar y, como tal, están obligados a proporcionar la información a que se refiere el artículo 3 de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú e implementar el sistema de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, las personas naturales y jurídicas siguientes: (...)

29) Los abogados y contadores públicos colegiados, que de manera independiente o en sociedad, realizan o se disponen a realizar en nombre de un tercero o por cuenta de este, de manera habitual, las siguientes actividades:

- Compra y venta de bienes inmuebles.
- Administración del dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos.
- Organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas.
- Creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas.
- Compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas.

La información que estos sujetos obligados proporcionan a la UIF-Perú se restringe a aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional.

abogados con relación a sus fuentes de información, sus pacientes y patrocinados respectivamente, de modo que estos profesionales no puedan ser objeto de ningún tipo de presión de parte de sus empleadores o de las autoridades y funcionarios con relación a hechos u observaciones vinculadas al ejercicio de una determinada profesión u oficio.

- 
- 
- 
7. En ese sentido, dos son los ámbitos de actuación de la garantía-derecho al secreto profesional que reconoce la Constitución. En cuanto derecho, reconoce al titular de tales secretos la exigencia de que estos sean celosamente guardados por los profesionales a quienes se les confía de modo directo, o que tuvieran acceso a información confidencial en razón de su ejercicio profesional; del mismo modo, el secreto profesional también protege a los propios profesionales, quienes podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia en que los poderes públicos o cualquier persona o autoridad pretendan desconocerlo de cualquier forma, sea obligando a confesar dichos secretos o poniendo en riesgo su preservación en el ejercicio de su profesión. (...).
 8. En cuanto al contenido de lo que debe considerarse secreto para los fines de su protección, el Tribunal opina que aunque resulta difícil determinarlo en abstracto, de modo general puede establecerse que, se trata de toda noticia, información, situación fáctica o incluso proyecciones o deducciones que puedan hacerse en base a la pericia o conocimientos del profesional y que hayan sido obtenidas o conocidas a consecuencia del ejercicio de una determinada profesión, arte, ciencia o técnica en general. Están incluidas en la cláusula de protección y, por tanto, también les alcanza la obligación de mantener el secreto, no sólo los profesionales a quienes se ha confiado directamente, sino también sus colaboradores, ayudantes, asistentes e, incluso, el personal al servicio del profesional que tuviera acceso directo a tales secretos.”.

Posteriormente, en la sentencia recaída en el Exp. N° 01839-2012-PHD/TC el Tribunal Constitucional señala que el secreto profesional guarda estrecha relación con el derecho a la intimidad personal y a la vida privada, mencionando en los Fundamentos 12 al 14 lo siguiente:

“12. Sobre el derecho a la intimidad debemos precisar que este presenta dos ámbitos de defensa bastante marcados. El primero de ellos se vincula con la defensa de la intimidad personal, la cual implica el aislamiento de la intromisión de terceros de todos aquellos aspectos de la persona que forman parte de su desarrollo interno, entendido como el desarrollo de su personalidad física y espiritual que se encuentra reservada para sí misma, entre los que hallamos el desarrollo de los procesos de pensamiento y opinión, de la salud física y emocional, de la sexualidad humana. (...) El segundo ámbito de defensa de este derecho lo constituye la intimidad familiar, que alcanza a mantener solo para el grupo familiar aquellos aspectos del desarrollo de la familia que únicamente le incumben a ella, como lo pueden ser las decisiones que en conjunto adoptan con relación al cuidado de los miembros más longevos que la integra, (...) entre otros aspectos que serán restringidos hacia terceros. (...)

13. En el caso del derecho a la vida privada, este refleja un bien jurídico tutelado por la Constitución de difícil comprensión considerado, incluso, por algunos como un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, este Tribunal en la STC No 6712-2005- HC planteó, sobre la base del right to be alone (derecho a estar en soledad), un concepto inicial y preliminar



afirmando que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto o y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. (...). La garantía de protección que ofrece el derecho a la vida privada abarca aquellos aspectos cuya eventual difusión implica un riesgo para la tranquilidad, integridad y seguridad personal y familiar, como lo puede ser la información relacionada al detalle sobre la posesión o propiedad de bienes muebles e inmuebles, de ingresos económicos (...)

14. En suma, la vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad donde esta queda subsumida por aquella, no obstante, también guarda vinculación estrecha con otros derechos como son al secreto bancario y la reserva tributaria y el derecho a guardar el secreto profesional. Sobre este último en la STC N° 7811-2005-AA el Tribunal señaló que supone una obligación para el profesional (abogado, notario, médico, periodista, etc.) de mantener en reserva o confidencialidad las confesiones, hechos, situaciones o cualquier noticia de la que haya tomado conocimiento, o que se le haya confiado de modo directo en su condición de profesional o técnico en determinada arte o ciencia; y, que tal obligación le impone que no divulgue ni participe a otros dichos "secretos" sin consentimiento de la persona a quien le conciernan." (subrayado agregado).

De lo expuesto se desprende que el derecho al secreto profesional tiene dos vertientes por un lado es la garantía de no exigencia al abogado u otro profesional que revele información que haya conocido o se le haya confiado en su condición de profesional, y por otro, es el derecho del titular de la información a la reserva que debe guardar el mencionado profesional, el mismo que tiene una estrecha vinculación con el derecho a la intimidad y a la vida privada; con la precisión en el caso del testimonio en el proceso penal de los funcionarios públicos que la mencionada garantía de no exigencia de brindar información solo procede en relación a la información clasificada como reservada o secreta.

Asimismo, de la revisión de las normas y jurisprudencia del Tribunal Constitucional que han sido mencionadas, podemos concluir que el derecho al secreto profesional está vinculado a la protección de información referida a la intimidad personal, que ha sido revelada a un profesional en el marco de una relación de confianza emanada del ejercicio de la profesión como sucede por ejemplo con el médico respecto de su paciente, el abogado respecto de su cliente o el periodista respecto de su fuente de información, derecho que no tiene iguales parámetros cuando se trata de servidores públicos respecto de información de la que han tomado conocimiento en ejercicio de sus funciones, advirtiéndose que los listados de expedientes judiciales requeridos por el recurrente, no está referido a información de carácter de confidencial, dado que – conforme lo ha precisado el solicitante – los datos mínimos que debe contener dichos listados son el “Número completo del Expediente” y “Juzgado. Especialidad”, los cuales evidentemente son de naturaleza pública.

Es importante añadir que el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia (excepción invocada por la entidad) cuando se refiere al secreto profesional lo hace en el marco de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, al señalar que es confidencial: “4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la

Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso”, por lo que, al mencionar que dicha confidencialidad termina al concluir el proceso, significa que al referirse al secreto profesional como ámbito de excepción al acceso a la información pública, está restringiendo su alcance al marco de un proceso administrativo o judicial.

Siendo esto así se advierte que la entidad invocó la confidencialidad de la información; sin embargo, a consideración de esta instancia dicha restricción no alcanza a los datos referidos al “Número completo del Expediente” y “Juzgado. Especialidad” de los expedientes judiciales en trámite o concluidos ni constituyen secreto profesional, conforme al análisis antes desarrollado; más aún cuando dichos datos son generados por el Poder Judicial y comunicada a las partes en un determinado proceso judicial; por lo que además no resulta razonable que la entidad, específicamente la Procuraduría Pública, no cuente con la “totalidad de los datos que requería el solicitante en particular el número completo del expediente”, dada la naturaleza de sus funciones.

De igual manera, la entidad a través del Memorando N° D000456-2020-OSCE-PROC, ha señalado que:

“2) El listado de los procesos concluidos en los que el OSCE y/o el Tribunal de Contrataciones del Estado hayan sido parte o el listado de los procesos contencioso administrativos concluidos relativos al período de enero de 2015 a diciembre de 2020 en los que el OSCE o el Tribunal hayan sido parte, es información prevista en el tercer párrafo del artículo 13° de la Ley, en la cual, la Procuraduría tendría que revisar los Legajos para obtener la información específica solicitada, creando o produciendo la información, que es el supuesto excluido por la Ley.” (subrayado agregado)

Sobre el particular, si bien el artículo 13 de la Ley de Transparencia precisa 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, ni faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, dentro de dichas limitaciones no se encuentra recogida la extracción de la información de otras fuentes con el objeto de reproducirla en un nuevo documento, de modo que se atienda la solicitud de información del ciudadano.

Al respecto el Tribunal Constitucional indicó en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03598-2011-PHD/TC que “[...] la Administración Pública excepcionalmente puede dar respuesta a los pedidos de información pública a través de la elaboración de documentos que consignen la información solicitada citando su origen, sin emitir valoraciones ni juicios sobre el contenido del pedido, sin que ello suponga la creación de la información solicitada, ni contravención alguna al artículo 13 de la Ley 27806”. (subrayado agregado)

En esa línea, es válido inferir que las entidades de la Administración Pública están obligadas a entregar la información con la que cuenten o tengan la obligación de contar, incluso pudiendo extraerla de cualquier documento o

soporte, para reproducirla en un nuevo documento, indicando a qué fuente pertenece, sin que ello implique crear o producir información, y entregarla según lo solicitado.

Por lo cual, podemos concluir que en tanto la entidad no ha descartado poseer la información requerida, la revisión de legajos para obtener la información requerida por el recurrente, no constituye la creación de información, sino ubicar la misma y extraerla para entregarla al solicitante, por lo que corresponde declarar fundado el recurso de apelación y ordenar a la entidad la entrega de la misma, conforme a los términos requeridos mediante su solicitud de acceso a la información pública.

c) En relación a la segunda pretensión accesorio del recurrente

Mediante el escrito de apelación el recurrente requirió que esta instancia ordene a la entidad *“que disponga las acciones para determinar el deslinde de responsabilidad administrativa disciplinaria contra los servidores que emitieron el Memorando N° 00456-2020-OSCE-PROC, de fecha 14.12.2020, contraviniendo la Ley N° 27806 y su Reglamento.”*

Al respecto, el artículo 6 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 Intereses¹⁸, establece que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública constituye la última instancia administrativa en materia de transparencia y derechos de acceso a la información pública y como tal es competente para resolver las controversias que se susciten en dichas materias. Asimismo, el numeral 1 del artículo 7 de la citada norma establece que corresponde a este Tribunal resolver los recursos de apelación contra las decisiones de las entidades comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

En cuanto a la imposición de sanciones por incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información pública, 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; y el numeral 2 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353 señala que es función de este Tribunal resolver, en última instancia administrativa, los recursos de apelación que interpongan los funcionarios y servidores públicos sancionados por el incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información pública.

En mérito al marco legal antes citado, respecto al requerimiento de ordenar a la entidad *“que disponga las acciones para determinar el deslinde de responsabilidad administrativa disciplinaria contra los servidores que emitieron el Memorando N° 00456-2020-OSCE-PROC”*, esta instancia carece de competencia para emitir pronunciamiento sobre el particular, por lo que corresponde declarar improcedente dicha pretensión.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353;

¹⁸ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **JUAN PABLO PARIAN MITACC** contra el Memorando N° D000456-2020-OSCE-PROC de fecha 14 de diciembre de 2020, emitido por el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE** y; en consecuencia, **ORDENAR** a dicha entidad que entregue al recurrente la información solicitada, conforme a los considerandos antes expuestos.

Artículo 2.- SOLICITAR al **ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

Artículo 3.- DECLARAR IMPROCEDENTE la segunda pretensión accesorio formulada por **JUAN PABLO PARIAN MITACC**, mediante el recurso de apelación de fecha 15 de diciembre de 2020.

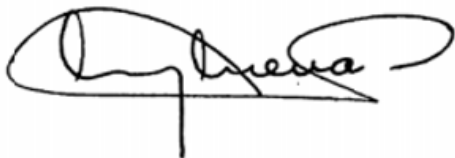
Artículo 4.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

Artículo 5.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **JUAN PABLO PARIAN MITACC** y al **ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes citada.

Artículo 6.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



PEDRO CHILET PAZ
Vocal