



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 00561-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00460-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **ABRIELLE BELLONI OTAYZA**
Entidad : **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 9 de marzo de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 00460-2023-JUS/TTAIP de fecha 17 de febrero de 2023, interpuesto por **ABRIELLE BELLONI OTAYZA**¹, contra el correo electrónico de fecha 15 de febrero de 2023, mediante el cual el **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)**², atendió su solicitud de acceso a la información presentada con fecha 31 de enero de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 31 de enero de 2023, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico la siguiente información:

*“(…)
El Informe Final derivado de la Orden de Servicio número 20221044”.*

A través del correo electrónico de fecha 15 de febrero de 2023, la entidad comunicó a la recurrente lo siguiente:

*“(…)
Estimado(a) Señor(ita):
Abrielle Belloni*

Por medio del presente es grato saludarle en nombre del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

En atención a su solicitud de información de fecha 31 de enero de 2023, corresponde manifestar a Ud(s). lo siguiente:

¹ En adelante, la recurrente.

² En adelante, la entidad.

Conforme a lo establecido en el numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, 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, constituye excepción al derecho de acceso a la información (1).

Asimismo, el referido numeral establece que, una vez concluido el proceso, esta excepción termina.

Es importante indicar que el Tribunal Constitucional ha señalado con relación a lo previsto en el artículo indicado, que, tratándose de “informes preparados por asesores jurídicos de la administración pública, su conocimiento puede afectar la tramitación o defensa de un procedimiento judicial” (2).

Teniendo en cuenta ello, se indica que el informe entregado por el proveedor forma parte de una estrategia de defensa institucional, que este organismo regulador viene elaborando frente a acciones administrativas y demandas judiciales que ha iniciado una empresa operadora; y cuya decisión, a la fecha, aún no ha sido adoptada.

Por ello a consideración de esta entidad, la divulgación de dicho informe podría afectar la tramitación y defensa del OSIPTEL en los procedimientos en curso, por lo que se habría configurado el supuesto de excepción previsto antes aludido.

Cabe precisar que, la información citada no es de acceso público, por encontrarse dentro de las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información, contempladas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-PCM.

Esperando que esta información sea de utilidad, le reiteramos nuestro compromiso de seguir brindándole la información pública que nos solicite, dentro de la política de transparencia que caracteriza a nuestra institución”.

Atentamente,

*Servicio de Acceso a la Información Pública
OSIPTEL*

IMPORTANTE 1: Antes de requerir información estadística del sector, sugerimos revisar previamente el portal PUNKU, herramienta que les permitirá obtener reportes estadísticos de los indicadores del mercado de telecomunicaciones, basados en información que las empresas operadoras reportan al OSIPTEL.

IMPORTANTE 2: No responda este mensaje. Este correo es de uso exclusivo para el envío de respuestas a solicitudes de acceso a la información pública. No recibe comunicaciones.

(1) Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información 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.”

(2) CFR. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 03849-2007-HD/TC, Fundamento Jurídico 8”.

El 17 de febrero de 2023, la recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando lo siguiente:

“(…)

II.1 No se ha configurado un supuesto de excepción a la obligación de entrega de información pública

El derecho de acceso a la información pública constituye uno de los fundamentos de un Estado democrático, al permitir la participación ciudadana y el control de las actuaciones de la Administración. Es por ello que las entidades públicas se encuentran obligadas a realizar todas las gestiones necesarias para poner a disposición de los ciudadanos la información en su poder, restringiendo en lo posible la información que será mantenida en reserva.

Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú, que en reiterada jurisprudencia ha puntualizado que la regla general es el libre acceso a la información, siendo excepcionales y sólo amparados en Ley, los supuestos de denegación de entrega de información. Por ejemplo, la sentencia recaída en el expediente N° 01352-2011-PHD/TC señala lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional ha establecido a través de su jurisprudencia que, como regla general, todo órgano del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público se encuentra obligada a proveer la información requerida, siendo excepcional la negación de acceso a la misma por razones de seguridad nacional, afectación a la intimidad personal o supuestos establecidos por ley”.

La regla es clara: si un ciudadano presenta una solicitud de acceso a la información pública, la entidad estará obligada a entregar la documentación solicitada siempre que, excepcionalmente, no se presente algún supuesto de denegación reconocido de forma explícita en el TUO.

Para salvaguardar este derecho y evitar cualquier arbitrariedad, la Administración está obligada a motivar adecuadamente la razón por la cual se podría presentar un supuesto de excepción de entrega de información. Es decir, no basta con que las entidades aleguen la configuración de un supuesto, sino que deben detallar, con fundamentación y sustento pertinente, la razón por la cual existiría alguna situación de excepción.

En cualquiera de los casos del artículo 13 del TUO (que establece los supuestos en los cuales se puede denegar una solicitud de acceso a la información) resulta necesario que, ante la configuración de uno de los supuestos establecidos, deberá fundamentarse de manera detallada los

motivos por los que considera la inclusión de la solicitud en alguna de estas causales.

Este deber no se ha cumplido en el caso de la solicitud presentada. Se puede observar en el Acto Impugnado que el OSIPTEL se ha limitado a señalar que el Informe Final calificaría como documento confidencial que contiene diversas recomendaciones y opiniones que podrían afectar la defensa y tramitación del OSIPTEL de procedimientos en curso.

Es por ello que el Acto Impugnado ha limitado mis derechos de acceso a la información pública, puesto que aquello que alega el funcionario Responsable de Entregar la Información de Acceso Público del Osiptel sobre la excepción de confidencialidad del Informe Final es errónea. En este sentido el Acto Impugnado señala lo siguiente:

Es importante indicar que el Tribunal Constitucional ha señalado con relación a lo previsto en el artículo indicado, que, tratándose de "informes preparados por asesores jurídicos de la administración pública, su conocimiento puede afectar la tramitación o defensa de un procedimiento judicial"(2).
Teniendo en cuenta ello, se indica que el informe entregado por el proveedor forma parte de una estrategia de defensa institucional, que este organismo regulador viene elaborando frente a acciones administrativas y demandas judiciales que ha iniciado una empresa operadora; y cuya decisión, a la fecha, aún no ha sido adoptada.
Por ello a consideración de esta entidad, la divulgación de dicho informe podría afectar la tramitación y defensa del OSIPTEL en los procedimientos en curso, por lo que se habría configurado el supuesto de excepción previsto antes aludido.
Cabe precisar que, la información citada no es de acceso público, por encontrarse dentro de las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información, contempladas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-PCM.

En este caso, se solicitó el Informe Final derivado de la Orden de Servicio N° 20221044. En el cual, de forma específica, el Osiptel solicitó a IRIARTE & ASOCIADOS, S. Civil de R.L (en adelante, "el Contratista") [Anexo 1-C] un análisis jurídico referente a la protección de datos personales y secretos de las telecomunicaciones en el marco del sistema automatizado de medición de internet. De ser así, los Términos de Referencia ("TDR") [Anexo 1-D] del mismo señalan que el entregable consistió esencialmente en lo siguiente:

Contratación de servicios profesionales para el análisis jurídico de las normas relativas a la protección de datos personales y del secreto de telecomunicaciones, en el marco del proceso de implementación y operación del sistema automatizado de medición de Internet.

De manera específica, los "Objetivos de Contratación" de los TDR establecen que:

4. Objetivo de la contratación:

- **Contratar una consultoría legal especializada en datos personales y nuevas tecnologías que elabore un informe detallado y exhaustivo del análisis de la Ley de datos personales, su Reglamento, normativa relacionada al secreto de las telecomunicaciones, así como de experiencia nacional e internacional relativo al uso de datos personales por entidades públicas fiscalizadoras, a fin de brindar una adecuada protección de datos personales en el marco del proceso de implementación del sistema automatizado de medición del servicio de acceso a Internet, de acuerdo a lo indicado en la Norma Técnica y el Instructivo Técnico, correspondiente.**

Según lo anterior, se señala que el entregable realizado por el Contratista, consistió en un análisis de la Ley de Datos Personales y su marco normativo, mas no "una estrategia de defensa institucional que este organismo viene elaborando frente a acciones administrativas y demandas judiciales que ha iniciado una empresa operadora; y cuya decisión, a la fecha, aún no ha sido adoptada" como señala el Acto Impugnado.

Además, en la “Descripción del Servicio” de los TDR, específicamente en el inciso 5.1.h, se señala lo siguiente:

- h. Recomendaciones legales sobre la estrategia y acciones que debe realizar OSIPTEL para dar cumplimiento a lo especificado en la normativa legal vigente relativa a protección de datos personales y secreto de las telecomunicaciones, en el marco del proceso de implementación del sistema automatizado de medición, la cual debe contener como mínimo:

Según lo anterior, el Informe Legal le brinda a Osiptel la “estrategia y acciones (...) para dar cumplimiento a lo especificado en la normativa legal vigente”. Ello no es equivalente ni puede ser interpretado como parte de una estrategia legal para la defensa de un procedimiento legal que a la fecha no tiene una decisión, pues, el Contratista no es el representante legal de Osiptel en dicho proceso. Los TDR establecen de manera clara, como se ha señalado en líneas anteriores, que en la relación entre el Contratista y el Osiptel, el Contratista es un “experto legal en temas de datos personales” que ha sido contratado por Osiptel para realizar el Informe Final en cuestión. Ello se evidencia también en “Descripción del Servicio” de los TDR cuando señalan lo siguiente:

Asimismo, el servicio contempla que a solicitud de OSIPTEL, el contratista acompañe como experto legal en temas de datos personales, en reuniones de coordinación con entidades públicas rectoras del tratamiento de datos personales y/o secreto de las telecomunicaciones.

Como parte del servicio y previo a la emisión del Informe Final el contratista, debe exponer las conclusiones y recomendaciones del servicio efectuado. La fecha de la exposición del informe final será coordinada con el área usuaria y las áreas técnicas.

De esta manera, tomando en consideración lo expuesto en las líneas previas, es posible advertir la evidente vulneración al deber la entidad de brindar una adecuada motivación de la denegatoria a un pedido de información. Lo anterior justifica de por sí que el recurso de apelación sea declarado FUNDADO, pues los TDR no señalan en ningún momento que el Informe Legal en cuestión tiene como finalidad ser utilizado como “estrategia de defensa institucional” para las acciones administrativas y demandas judiciales que tiene el Osiptel actualmente, por lo cual su defensa no se verá afectada.

Es por ello que no resulta adecuado que el Osiptel adopte una posición de esta naturaleza, sin contraponer argumentos ni posiciones, que evalúen si se puede comprobar la existencia de justificaciones que atenúen o desvirtúen la aparente imposibilidad de entregar la información (recordemos la excepcionalidad de esta medida).

Esta adecuada fundamentación resulta de suma importancia por el hecho de que en este caso no se ha tomado en cuenta que no nos encontramos ante información producida por funcionarios públicos sino información proporcionada por el Contratista, quien es un tercero completamente ajeno a cualquier procedimiento judicial.

Además, el hecho de que la información solicitada haya sido elaborada por un privado no altera su carácter público, ya que una vez que la documentación pasa a la posesión de la Administración se considerará, en principio, pública. Sobre ello el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como “información pública”, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva”.

En por ello que reitero que corresponde a la entidad la carga de la prueba sobre el vínculo entre la información solicitada y la causal invocada, dígase, la posibilidad de esta de poner en perjuicio la objetividad del proceso deliberativo de la entidad.

Mediante la Resolución N° 000398-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA3 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 descargos.

A través del Escrito N° 01, presentado a esta instancia el 7 de marzo de 2023, la entidad remitió el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud; asimismo, formuló sus descargos señalando lo siguiente:

(...)

3.2 *Improcedencia de la apelación de LA ADMINISTRADA:*

3.2.1 *La solicitud de acceso a la información de LA ADMINISTRADA, que fue ingresada con el código SAIP 2300094, tiene por finalidad acceder a un documento que contiene un análisis legal relativo al proceso de implementación del sistema automatizado de medición de Internet dispuesto a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 137-2021-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL), en particular, sobre los aspectos relativos a los datos personales y el secreto de telecomunicaciones.*

Al respecto, cabe mencionar que la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL fue emitida como consecuencia de la Ley que Garantiza la Velocidad Mínima de Conexión a Internet y Monitoreo de la Prestación del Servicio de Internet a favor de los Usuarios, aprobada por la Ley N° 31207, que determinó que el OSIPTEL es la entidad del Poder Ejecutivo encargada de adecuar, supervisar, fiscalizar y actualizar el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y verificar el cumplimiento de los dispuesto en la misma¹.

3.2.2 *En el mes de octubre de 2022, la empresa operadora América Móvil Perú S.A.C. interpuso una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), que fue admitida a trámite a través de la Resolución N° 0377-2022/STCEB-INDECOPI, a través de la cual solicitó se declare como barrera burocrática ilegal la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL, argumentando, entre otros puntos, que el OSIPTEL carece de facultades para acceder a los aplicativos móviles de las empresas operadoras con la finalidad de realizar acciones de fiscalización.*

Adicionalmente a ello, en octubre de 2022, la misma empresa presentó una demanda de amparo ante el Poder Judicial a efectos que no se le aplique lo previsto en la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL, la cual fue ingresada con el Expediente N° 7334-2022, señalando, entre otros puntos, que la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL, vulneraba el derecho

³ Resolución de fecha 23 de febrero de 2023, la cual fue notificada a la Mesa de Partes de la entidad, el 1 de marzo de 2023 generándose el Expediente N° 9216-2023/55B01, 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.

de libertad de empresa y de organización, al disponer la implementación del sistema automatizado de medición.

Sobre el particular, cabe precisar que, actualmente, ambos procesos aún se encuentran en primera instancia y no cuentan con pronunciamientos; por lo que, se encuentran en trámite.

- 3.2.3 *Los procesos detallados en el numeral 3.2.2 precedente buscan impedir que se lleve a cabo el proceso de implementación del sistema automatizado de medición de Internet, derivado del cumplimiento de la Ley que Garantiza la Velocidad Mínima de Conexión a Internet y Monitoreo de la Prestación del Servicio de Internet a favor de los Usuarios, aprobada por la Ley N° 31207; por lo que, los análisis legales que se realicen para coadyuvar al OSIPTEL a viabilizar la implementación de tal sistema, forman parte de la estrategia de defensa ante dichos procesos que buscan entorpecer la función fiscalizadora del OSIPTEL referido a la calidad del servicio de acceso a Internet.*

Asimismo, en la medida que esos procesos se encuentran en trámite, el informe legal requerido por LA ADMINISTRADA, relacionado al sistema automatizado de medición, debe ser tratado de manera confidencial, en la medida que podría revelar que acciones o alternativas viene analizando el OSIPTEL para reforzar su defensa ante los procesos iniciados por América Móvil Perú S.A.C.

- 3.2.4 *De la revisión del linkedin de LA ADMINISTRADA2, se desprende que ella es practicante del estudio de abogados "Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados"*

Asimismo, de la revisión de los procesos mencionados en el numeral 3.2.2 precedente, se desprende lo siguiente:

- a) *La denuncia interpuesta por la empresa operadora América Móvil Perú S.A.C. ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, en el mes de octubre de 2022, que pretende que se declare como barrera burocrática ilegal la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL, fue elaborada por los abogados de tal empresa, que son el estudio de abogados "Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados", como puede apreciarse en el escrito de tal denuncia.*
- b) *La demanda de amparo interpuesta por la empresa operadora América Móvil Perú S.A.C. ante el Poder Judicial, en el mes de octubre de 2022, que pretende que no se le aplique lo previsto en la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL, fue elaborada por los abogados de tal empresa, que son el estudio de abogados "Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados", como puede apreciarse en el escrito de tal demanda.*

De lo expuesto en los incisos a) y b) precedentes se desprende que LA ADMINISTRADA, que es practicante del estudio de abogados "Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados", presentó la SAIP 2300094 con la finalidad de acceder a un informe confidencial del OSIPTEL, que era necesario para ese estudio de abogados, a fin de poder desarticular la estrategia de defensa que había esbozado el OSIPTEL en los procesos antes detallados.

3.2.5 En el presente caso, la respuesta alcanzada a LA ADMINISTRADA con fecha 15 de febrero de 2023, detalla con claridad los motivos por los cuales no es posible proporcionarle el documento requerido (esto es, el informe final derivado de la Orden de Servicio número 20221044), los cuales son los siguientes:

- (i) Que el informe entregado por el proveedor forma parte de una estrategia de defensa institucional, que este organismo regulador viene elaborando frente a acciones administrativas y demandas judiciales que ha iniciado una empresa operadora (específicamente, la empresa América Móvil Perú S.A.C.); y, cuya decisión, a la fecha, aún no ha sido adoptada; y,
- (ii) Que la imposibilidad de entrega de esa información se encuentra comprendida dentro de la excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública contemplada en el numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806, LTAIP.

Por tales motivos, se concluye que, en el correo de respuesta a la SAIP 2300094, que fue enviado por el OSIPTEL a LA ADMINISTRADA con fecha 15 de febrero de 2023, sí se han expresado los motivos por los que la información solicitada por LA ADMINISTRADA estaría incluida en la causal de excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública invocada, razón por la cual no podría suministrada a ésta.

3.2.6 No obstante, con la intención de presentar mayor transparencia y detalle en la información alcanzada a LA ADMINISTRADA, el 06 de marzo de 2023 se remitió una nueva comunicación a ésta - de manera complementaria a la respuesta alcanzada -, precisándole los procesos dentro de los cuales se utilizará, como estrategia y/o medio de defensa, la información que ha solicitado, como se observa a continuación:



(Anexo 03)

Cabe mencionar que en esta última comunicación se ha precisado también la profesión de las personas que suscribieron el documento requerido por LA ADMINISTRADA (Anexos 04 y 05).

3.2.7 Por otro lado, respecto de lo alegado por LA ADMINISTRADA en el sentido que en los Términos de Referencia, elaborados para la contratación del servicio que dio como origen al documento requerido, no se establece que la contratación este dirigida a la obtención de un documento que contenga argumentos para la defensa de la entidad frente a un procedimiento administrativo y/o judicial, sino que serviría para el mejor cumplimiento de la normativa referida a la protección de datos personales y secreto de las telecomunicaciones, cabe mencionar lo siguiente:

- a) No es razonable que el uso de los bienes de las entidades públicas, entre los cuales se encuentra el documento requerido por LA ADMINISTRADA, se encuentre supeditado o restringido al objeto para el que fue contratado o adquirido, descrito en los términos de referencia elaborados para su contratación; más aún, sí la Administración Pública se debe regir por los Principios de Economía y Eficiencia. En ese sentido, el para qué sirve o para que se utiliza un documento en la Administración Pública no puede circunscribirse a lo que exponen sus términos de referencia, menos todavía sí el documento ha sido adquirido con presupuestos públicos. Por tal motivo, no compartimos lo argumentado por LA ADMINISTRADA en este extremo.
- b) La finalidad con la cual se contrató el servicio de asesoría, y que consta en los términos de referencia, comprendía varios propósitos, entre los cuales está la problemática referida a la admisión a trámite, que realizó la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, de la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C., por la imposición de barreras presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad, materializada con la Resolución N° 0377-2022/STCEB-INDECOPI.

3.2.8 De lo expuesto en los incisos 3.2.1 a 3.2.7 precedentes, se desprende lo siguiente:

- a) La solicitud de acceso a la información de LA ADMINISTRADA, que fue ingresada con el código SAIP 2300094, fue respondida oportunamente por el OSIPTEL.
- b) La información solicitada por LA ADMINISTRADA en su solicitud de acceso a la información ingresada con el código SAIP 2300094, no le fue proporcionada porque la misma se encuentra relacionada con una estrategia de defensa institucional, que el OSIPTEL viene elaborando frente a acciones administrativas y demandas judiciales que ha iniciado la empresa operadora América Móvil Perú S.A.C.; y, cuya decisión, a la fecha, aún no ha sido adoptada; y, porque esa información se encuentra comprendida dentro de la excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública contemplada en el numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806, LTAIP.”.

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-JUS⁴, 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.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Transparencia establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control; asimismo, para los efectos de la referida ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

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. Asimismo, 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 de discusión

De autos se aprecia que la controversia consiste en determinar si la información requerida se encuentra contemplada en la excepción regulada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

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:

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

“(...)

5. *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”.

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, se advierte que la recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico la siguiente información:

“(...)

El Informe Final derivado de la Orden de Servicio número 20221044”.

Al respecto, la entidad a través del correo electrónico de fecha 15 de febrero de 2023, comunicó a la recurrente que el informe entregado por el proveedor forma parte de una estrategia de defensa institucional, que dicho organismo regulador viene elaborando frente a acciones administrativas y demandas judiciales que ha iniciado una empresa operadora; y cuya decisión, a la fecha, aún no ha sido adoptada, ya que su divulgación podría afectar la tramitación y defensa del OSIPTEL en los procedimientos en curso, por lo que se habría configurado el supuesto de excepción previsto en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Ante ello, la recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, alegando que la entidad no ha fundamentado adecuadamente la excepción

planteada, limitándose a señalar que el Informe Final calificaría como documento confidencial que contiene diversas recomendaciones y opiniones que podrían afectar la defensa y tramitación del OSIPTEL de procedimientos en curso.

Asimismo, la recurrente precisó haber solicitado el Informe Final derivado de la Orden de Servicio N° 20221044, en el cual, de forma específica, el Osiptel solicitó a IRIARTE & ASOCIADOS, S. Civil de R.L (en adelante, “el Contratista”) un análisis jurídico referente a la protección de datos personales y secretos de las telecomunicaciones en el marco del sistema automatizado de medición de internet. De ser así, los Términos de Referencia de ese señala que el entregable consistió esencialmente en lo siguiente: *“Contratación de servicios profesionales para el análisis jurídico de las normas relativas a la protección de datos personales y del secreto de telecomunicaciones, en el marco del proceso de implementación y operación del sistema automatizado de medición de Internet”*.

En ese sentido, el Informe Legal le brinda a Osiptel la *“estrategia y acciones (...) para dar cumplimiento a lo especificado en la normativa legal vigente”*, lo cual no es equivalente ni puede ser interpretado como parte de una estrategia legal para la defensa de un procedimiento legal que a la fecha no tiene una decisión, pues, el contratista no es el representante legal de Osiptel en dicho proceso.

En ese sentido, a través del Escrito N° 01, presentado a esta instancia el 7 de marzo de 2023, la entidad remitió el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud; asimismo, formuló sus descargos señalando que la solicitud tiene por finalidad acceder a un documento que contiene un análisis legal relativo al proceso de implementación del sistema automatizado de medición de Internet dispuesto a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 137-2021-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL), en particular, sobre los aspectos relativos a los datos personales y el secreto de telecomunicaciones.

Al respecto, la entidad indicó que la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL fue emitida como consecuencia de la Ley que Garantiza la Velocidad Mínima de Conexión a Internet y Monitoreo de la Prestación del Servicio de Internet a favor de los Usuarios, aprobada por la Ley N° 31207, que determinó que el OSIPTEL es la entidad del Poder Ejecutivo encargada de adecuar, supervisar, fiscalizar y actualizar el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y verificar el cumplimiento de los dispuesto en la misma.

Asimismo, señala la entidad que la empresa operadora América Móvil Perú S.A.C. interpuso una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), la cual fue admitida a trámite, requiriendo se declare como barrera burocrática ilegal la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL. Asimismo, dicha empresa presentó una demanda de amparo ante el Poder Judicial a efectos que no se le aplique lo previsto en la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL, la cual fue ingresada con el Expediente N° 7334-2022, señalando, entre otros puntos, que la R.C.D. N° 137-2021-CD/OSIPTEL, vulneraba el derecho de libertad de empresa y de organización, al disponer la implementación del sistema automatizado de medición; sumado a ello, indicó que ambos procesos aún se encuentran en primera instancia y no cuentan con pronunciamientos; por lo que, se encuentran en trámite.

Además, la entidad indicó que los análisis legales que se realicen para coadyuvar al OSIPTEL a viabilizar la implementación de tal sistema, forman parte de la estrategia de defensa ante dichos procesos que buscan entorpecer la función fiscalizadora del OSIPTEL referido a la calidad del servicio de acceso a Internet; sumado a ello, en la medida que dichos procesos se encuentran en trámite, el informe legal requerido, relacionado al sistema automatizado de medición, debe ser tratado de manera confidencial, en la medida que podría revelar que acciones o alternativas viene analizando el OSIPTEL para reforzar su defensa ante los procesos iniciados por América Móvil Perú S.A.C.

De otro lado, la entidad refiere haber realizado una revisión en LinkedIn, advirtiendo que la recurrente es practicante del estudio de abogados "Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados", precisando que de la revisión de los procesos antes mencionados se advirtió que la denuncia y demanda de amparo interpuestas por la operadora América Móvil Perú S.A.C. ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI fue elaborada por el referido estudio de abogados.

Sumado a los argumentos antes descritos, la entidad reitero que la respuesta otorgada a la recurrente señala que el informe entregado por el proveedor forma parte de una estrategia de defensa institucional, que este organismo regulador viene elaborando frente a acciones administrativas y demandas judiciales que ha iniciado una empresa operadora (específicamente, la empresa América Móvil Perú S.A.C.); y, cuya decisión, a la fecha, aún no ha sido adoptada; y la imposibilidad de entrega se encuentra comprendida dentro de la excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública contemplada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

De igual manera, señala la entidad que con la intención de presentar mayor transparencia y detalle en la información alcanzada, es que el 6 de marzo de 2023 remitió una nueva comunicación a la recurrente de manera complementaria a la respuesta alcanzada, precisándole los procesos dentro de los cuales se utilizará, como estrategia y/o medio de defensa, la información que ha solicitado, como se observa a continuación:

RE: SAIP 2300094 Solicitud de Acceso a la Información Pública

Información
Para: [Redacted]
Lun 6/03/2023 12:30

Título 01.pdf
Título 02.pdf

2 archivos adjuntos (532 KB) Guardar todo en OneDrive - osiptel.gob.pe Descargar todo

Estimada Señorita:
Abrielle Belloni:
Por medio del presente es grato saludarle en nombre del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL. En atención a su solicitud de información de fecha 31 de enero de 2023 y de manera complementaria a nuestro correo del 15 de febrero de 2023, corresponde manifestar a Ud(s), lo siguiente:
En relación a la documentación requerida a través de su solicitud, se le remite los títulos de abogado de los asesores jurídicos, contratados por la entidad para la elaboración del documento requerido, y se le informa que el mismo comprende información a ser utilizada para la defensa de esta entidad, en los siguientes procedimientos:

Barrera Burocrática

- Expediente N° 641-2022/CEB
- Materia: Implementación de sondas embebidas (implementación del sistema automatizado de medición, vulneraría el derecho de libertad de empresa y de organización)
- Resolución Admisoria: 377-2022/STCEB-INDECOPI
- Denunciante: América Móvil Perú SAC
- Denunciado: OSIPTEL
- Instancia actual: El procedimiento se encuentra actualmente en la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi (primera instancia administrativa)
- Fecha de inicio: El procedimiento se inició el 4/Oct/2022.
- Estado actual: Habiendo presentado Osiptel sus descargos el 7/Nov/2022, se encuentra pendiente de resolver el pedido de uso de la palabra de ambas partes.

Proceso de amparo sobre el mismo tema con los siguientes datos:

- Expediente: 7334-2022
- Instancia actual: Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima
- Demandante: América Móvil Perú S.A.C.
- Demandado: Osiptel
- Fecha de inicio: 4/Oct/2022
- Estado actual: El 11/May/2023 se fijó fecha para la audiencia única.

Cabe precisar que, la información citada es de acceso público, por no encontrarse dentro de las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información, contempladas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-PC. Esperando que esta información sea de utilidad, le reiteramos nuestro compromiso de seguir brindándole la información pública que nos solicite, dentro de la política de transparencia que caracteriza a nuestra institución.

Atentamente,

Servicio de Acceso a la Información Pública

OSIPTEL

IMPORTANTE 1: Antes de requerir información estadística del sector, sugerimos revisar previamente el portal PUNKU, herramienta que les permitirá obtener reportes estadísticos de los indicadores del mercado de telecomunicaciones, basados en información que las empresas operadoras reportan al OSIPTEL.

IMPORTANTE 2: No responda este mensaje. Este correo es de uso exclusivo para el envío de respuestas a solicitudes de acceso a la información pública. No recibe comunicaciones.

De: Información <informacion@osiptel.gob.pe>

Enviado: miércoles, 15 de febrero de 2023 07:52

Para: abrielle.belloni@gmail.com <abrielle.belloni@gmail.com>

Asunto: RE: SAIP-2300094 Solicitud de Acceso a la Información Pública

Finalmente, la entidad precisa que en cuanto a lo alegado por la recurrente en el sentido que en los Términos de Referencia, elaborados para la contratación del servicio que dio como origen al documento requerido, no se establece que la contratación este dirigida a la obtención de un documento que contenga argumentos para la defensa de la entidad frente a un procedimiento administrativo y/o judicial, sino que serviría para el mejor cumplimiento de la normativa referida a la protección de datos personales y secreto de las telecomunicaciones, cabe mencionar que:

- a) No es razonable que el uso de los bienes de las entidades públicas, entre los cuales este el documento requerido, este se encuentre supeditado o restringido al objeto para el que fue contratado o adquirido, descrito en los términos de referencia elaborados para su contratación; más aún, sí la Administración Pública se debe regir por los Principios de Economía y Eficiencia. En ese sentido, el para qué sirve o para que se utiliza un documento en la Administración Pública no puede circunscribirse a lo que exponen sus términos de referencia, menos todavía sí el documento ha sido adquirido con presupuestos públicos, alejándose con ello de lo argumentado por la recurrente.
 - b) La finalidad con la cual se contrató el servicio de asesoría, y que consta en los términos de referencia, comprendía varios propósitos, entre los cuales está la problemática referida a la admisión a trámite, que realizó la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, de la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C., por la imposición de barreras presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad, materializada con la Resolución N° 0377-2022/STCEB-INDECOPI.
- **Con relación a la legitimación y requerimiento inmotivado de la recurrente a presentar una solicitud de acceso a la información pública:**

Sobre el particular, es preciso indicar que, con relación a lo señalado por la entidad en el documento de descargos, donde precisó que la recurrente es practicante del estudio de abogados “Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados”, y que a través de este se interpuso la denuncia y demanda de amparo por la operadora América Móvil Perú S.A.C. ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, siendo dicho informe necesario para el mencionado estudio de abogados desarticule la estrategia de defensa que había esbozado el OSIPTEL en los procesos antes detallados.

Al respecto, vale hacer mención a lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Transparencia, el cual indica que “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública. En ningún caso se exige expresión de causa para el ejercicio de este derecho”. (subrayado agregado)

Asimismo, el primer párrafo del artículo 13 de la norma en mención establece que “La entidad de la Administración Pública a la cual se solicite información no podrá negar la misma basando su decisión en la identidad del solicitante”. (subrayado agregado)

Por tanto, el hecho de que la recurrente sea practicante o no del estudio de abogados *“Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados”*, no es impedimento para que esta pueda presentar y/o ejercer su derecho de acceso a la información pública frente al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones o a cualquier otra entidad del Estado, ni mucho menos que sea un argumento para la denegatoria el lugar donde la recurrente desempeña su labor formativa; ello, atendiendo a que la información solicitada deberá ser evaluada por la entidad antes de ser entregada, considerando para ello únicamente la adecuada y acreditada aplicación de las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

En esa línea, es oportuno señalar que esta instancia evalúa las solicitudes de acceso a la información pública sin tener en consideración las condiciones o intereses particulares de los recurrentes, sino en función de la naturaleza pública o confidencial de la información, no requiriéndose expresión de causa para efectuar cualquier pedido de documentación a la administración pública.

En consecuencia, el argumento planteado por la entidad en dicho extremo debe ser desestimado.

- **Con relación a las excepciones contenidas en los artículos 15 al 17 de la Ley de Transparencia:**

Sobre el particular, es preciso mencionar que cuando la Ley de Transparencia establece excepciones para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, éstas causales deben ser debidamente motivadas y acreditadas, puesto que estamos frente a una limitación de un derecho fundamental.

En esa línea, cabe hacer mención lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente 0959-2004-HD, respecto al derecho de acceso a la información pública y la naturaleza de sus excepciones, lo siguiente:

“(…)

4. *La Constitución Política del Perú, en su artículo 2°, inciso 5, reconoce el derecho de toda persona de solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho pedido, con la única excepción de aquella que afecte a la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional. Lo establecido en el referido artículo representa una realidad de doble*

perspectiva, pues no solo constituye el reconocimiento de un derecho fundamental, sino el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente. En esa medida, el secreto o lo oculto frente a la información de interés público resulta una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional". (subrayado agregado)

En ese sentido, es importante indicar que con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley, concordante con el primer párrafo del artículo 18 de la misma norma, el cual 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 al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

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:

"(...)

13. 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)

Al respecto, corresponde que las entidades de la Administración Pública motiven en los hechos y en el derecho las razones por las que dicha información debe ser considerada secreta, reservada o confidencial, conforme lo exige la jurisprudencia antes citada, no bastando únicamente con la mera invocación del articulado correspondiente a las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, sino que debe ser suficientemente acreditada para que pueda ser considerada como información protegida.

- **Con relación a la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia:**

Ahora bien, la entidad a través de la respuesta dada a la recurrente y sus descargos enviados a este colegiado, señaló la denegatoria de entrega de

información argumentando lo previsto en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

A su vez, es preciso señalar que, para efectos de realizar un análisis respecto al dispositivo legal invocado por la entidad para denegar la solicitud del recurrente, se debe precisar el contenido del numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el cual prescribe lo siguiente:

*“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:*

(...)

- 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. (...).”*

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:

“(...)

- 7. 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.” (subrayado agregado)*

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.

En cuanto al primer requisito el mismo se satisface por la existencia de un documento que haya sido creado o se encuentre en posesión de la entidad, en el cual se encuentren análisis, recomendaciones o sugerencias que

puedan configurar o ayuden a configurar la estrategia que vaya a adoptar la entidad en el seno de un procedimiento administrativo o judicial.

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

Asimismo, dicha información no debe haber sido elaborada u obtenida por cualquier funcionario de la Administración Pública, sino que la norma exige que esta haya sido creada u obtenida específicamente por un asesor jurídico o un abogado de la entidad; es decir, requiere de una cualidad especial de quien haya elaborado u obtenido la información que es materia del requerimiento.

Del mismo modo, no basta que exista la referida información, obtenida por asesores jurídicos o abogados de la entidad y que corresponda a una estrategia de defensa, sino que la ley exige la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, en el cual se pueda desplegar, aplicar y desarrollar dicha estrategia. Ello es así toda vez que la parte final de la referida norma señala expresamente que la confidencialidad de dicha información termina cuando el procedimiento concluye.

Ahora bien, es importante tener en consideración que el artículo 10 de la Ley de Transparencia señala expresamente que se considera información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa; asimismo que todas 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 o cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control; es decir, incluye la información generada por la entidad, la que se encuentra en su posesión e incluso la que se encuentra bajo su control.

En esa línea, cabe agregar si bien la entidad ha referido que la empresa operadora América Móvil Perú S.A.C. en el mes de octubre de 2022 interpuso una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), así como una demanda de amparo ante el Poder Judicial, esta no ha acreditado de forma alguna como *“El Informe Final derivado de la Orden de Servicio número 20221044”* forme parte de la estrategia de defensa ante dichos procesos o como podría revelar acciones o alternativas viene analizando el OSIPTEL para reforzar su defensa ante los procesos iniciados por América Móvil Perú S.A.C., teniendo en cuenta que el mismo deviene de un servicio contratado por la entidad mediante la Orden de Servicio N° 20221044, más aún cuando de sus Términos de Referencia no se advierte que el entregable esté relacionado directamente con la elaboración de una estrategia de defensa a ser utilizada en los procedimientos antes aludidos, conforme se aprecia del siguiente cuadro:

Contratación de servicios profesionales para el análisis jurídico de las normas relativas a la protección de datos personales y del secreto de telecomunicaciones, en el marco del proceso de implementación y operación del sistema automatizado de medición de Internet.	
PEI relacionado:	<ul style="list-style-type: none"> • OEI.02 (Objetivo Estratégico Institucional 02) Mejorar la calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones brindada por las empresas operadoras respecto a los estándares establecidos • AEI 02.03 (Actividad Estratégica Institucional 02.03) Supervisión y fiscalización de la calidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, de manera eficaz a las empresas operadoras.
POI relacionado	3.6. Gestionar la implementación de la herramienta de medición automatizada para el servicio de acceso a Internet (sondas).
Area que requiere el servicio:	Dirección de Fiscalización e Instrucción

Sumado a ello, cabe señalar que de los mencionados términos de referencia se advierte que el objetivo de la contratación de la Orden de Servicio N° 20221044 es el siguiente:

<p>4. Objetivo de la contratación:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Contratar una consultoría legal especializada en datos personales y nuevas tecnologías que elabore un informe detallado y exhaustivo del análisis de la Ley de datos personales, su Reglamento, normativa relacionada al secreto de las telecomunicaciones, así como de experiencia nacional e internacional relativo al uso de datos personales por entidades públicas fiscalizadoras, a fin de brindar una adecuada protección de datos personales en el marco del proceso de implementación del sistema automatizado de medición del servicio de acceso a Internet, de acuerdo a lo indicado en la Norma Técnica y el Instructivo Técnico, correspondiente.

En ese sentido, la entidad no ha acreditado a través de los documentos relacionados con la contratación financiada con recursos públicos, que dicha información contenga una estrategia de defensa en sí misma, así como de qué manera puntual y directa el mencionado entregable financiado con cargo a los recursos del Estado, consistente en una consultoría legal destinada a la elaboración de un informe del análisis de la Ley de datos personales, su Reglamento, normativa relacionada al secreto de las telecomunicaciones, así como de experiencia nacional e internacional relativo al uso de datos personales por entidades públicas fiscalizadoras, a fin de brindar una adecuada protección de datos personales en el marco del proceso de implementación del sistema automatizado de medición del servicio de acceso a Internet, de acuerdo a lo indicado en la Norma Técnica y el Instructivo Técnico, pueda contener una estrategia de defensa.

A mayor abundamiento, la entidad ha referido expresamente en sus descargos que el informe materia del requerimiento de la recurrente *“forma parte de una estrategia de defensa institucional, que este organismo regulador viene elaborando”*; es decir, se puede verificar que la estrategia de defensa no se encuentra elaborada, siendo que el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia protege aquella información que pudiera revelar una estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, es decir, parte de la premisa de una estrategia

existente que va a ser utilizada y que por ende, requiere de un determinado ámbito de protección hasta su utilización.

En consecuencia, la entidad no ha cumplido con acreditar la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por lo que debe desestimarse dicho argumento como sustento de la denegatoria.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe señalar que en caso dentro información solicitada por el recurrente pueda existir información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, como de manera ilustrativa, datos personales relacionados con quienes prestaron el servicio que pudieran estar protegidos por el numeral 5 del artículo 17 del mismo cuerpo legal. En ese contexto, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 6 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, analizó la entrega de la ficha personal de una servidora pública, documento que contiene información de carácter público como son los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas, así como datos de carácter privado entre otros los datos de individualización y contacto, siendo posible tachar éstos últimos y así garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

“(…)

6. De autos se advierte que la ficha personal requerida contiene tanto información de carácter privado como información de carácter público. En efecto, mientras que la información de carácter privado se refiere a datos de individualización y contacto del sujeto a quien pertenece la ficha personal; la información de carácter público contenida en el referido documento abarca datos que fueron relevantes para contratarla, tales como el área o sección en la que la persona ha desempeñado funciones en la Administración Pública; la modalidad contractual a través de la cual se le ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas.
7. No solamente no existe razón para limitar la entrega de información referida a las cualificaciones relevantes que fueron decisivas para la contratación de un empleado en la Administración Pública, sino que, hacerlo, desincentivar la participación ciudadana en la fiscalización de la idoneidad del personal que ingresa a ella.
8. Al respecto, no puede soslayarse que la ciudadanía tiene interés en contar con personal cualificado en la Administración Pública, por lo que impedirle el acceso a información relativa a las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en dicha Administración Pública, no tiene sentido. En todo caso, la sola existencia de información de carácter privado dentro de un documento donde también existe información de carácter público no justifica de ninguna manera negar, a rajatabla, su difusión.
9. Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo petitionado, previo pago del costo de reproducción”. (subrayado agregado)

En atención a lo expuesto, cabe destacar que en caso de existir en un documento información pública y privada, esta última debe separarse o tacharse a fin de facilitar la entrega de la información pública que forma parte del documento, ello acorde con el artículo 19⁵ de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida⁶, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

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 **ABRIELLE BELLONI OTAYZA**; en consecuencia, **ORDENAR** al **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)** 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 **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **ABRIELLE BELLONI OTAYZA**.

⁵ "Artículo 19.- Información parcial

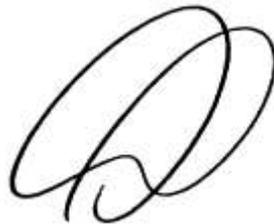
En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento".

⁶ Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

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

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **ABRIELLE BELLONI OTAYZA** y al **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

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



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: uzb