



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 000567-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00490-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **ANDREA YOSHIMI MAN CORONEL**
Entidad : **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 9 de marzo de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 00490-2023-JUS/TTAIP de fecha 21 de febrero de 2023, interpuesto por **ANDREA YOSHIMI MAN CORONEL**¹, contra la respuesta contenida en el correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2023, mediante la cual el **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)**² atendió su solicitud de acceso a la información presentada con fecha 20 de enero de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 20 de enero de 2023, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente requirió a la entidad se remita a su correo electrónico lo siguiente:

*“(…)
Solicito me remitan los siguientes documentos emitidos en el marco de la publicación del “Proyecto de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización del OSIPTEL”, aprobada por Resolución N° 00004-2023-CD/OSIPTEL 1. Memorando N° 00015-DFI/SDF/2022 2. Memorando N° 00163-OAF/2022 3. Memorando N° 00116-DPRC/2022 4. Memorando N° 422-OAJ/2022 5. Carta N° 00475-GG/2022 6. Oficio N° D000960-2022-PCM-SGP 7. Informe N° D000146-2022-PCM-SSSAR 8. Informe N° D001053-2022-PCM-OGAJ 9. Memorando N° 01463-DFI/2022 10. Memorando N° 00621-DPRC/2022 11. Memorando N° 01988-DAPU/2022 12. Memorando N° 01226-OAJ/2022 13. Memorando N° 00889-OAF/2022”.* (sic)

Con correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2023, la entidad comunicó a la recurrente lo siguiente:

¹ En adelante, la recurrente.

² En adelante, la entidad.

“(...)

Estimada Señorita:
Andrea Man Coronel

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 20 de enero de 2023, corresponde manifestar a Ud(s). lo siguiente:

Adjunto al presente, se remite la información solicitada.

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-PCM, habiéndose retirado la información de índole confidencial.

Respecto a la información retirada y la no entrega de la memoranda 00163-OAF/2022,00621-DPRC/2022 y 01988-DAPU/2022 debe indicarse que la misma comprende recomendaciones u opiniones relativas al texto del proyecto normativo Reglamento para la Tercerización de Acciones de Fiscalización del OSIPTEL, el cual aún se encuentra en etapa de elaboración, motivo por el que constituye información de carácter confidencial, de conformidad con lo establecido por el numeral 1 del artículo 17°(1) del TUO de la Ley 27806 (publicado el 11 de diciembre de 2019).

La versión del Proyecto de “Reglamento para la Tercerización de Acciones de Fiscalización del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones –OSIPTEL” se encuentra publicada en la siguiente ruta de la web de OSIPTEL:

<https://www.gob.pe/institucion/osiptel/normas-legales/3856809-004-2023-cd-osiptel>

Esperando que esta información sea de utilidad y expresándole nuestras excusas por la demora en la atención a su solicitud, le reiteramos nuestro compromiso de seguir brindándole la información pública que nos solicite, dentro de la política de transparencia que caracteriza a nuestra institución”. (subrayado agregado)

El 21 de febrero de 2023, la recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis alegando lo siguiente:

“(...)

De conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS (en adelante, el “TUO”), el 20 de enero de 2023 presente ante el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, el “OSIPTEL”) una solicitud de acceso a la información pública **[Anexo B]** a fin de que dicha entidad me proporcione copias de los siguientes trece (13) documentos emitidos en el marco de la publicación del “Proyecto de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización

del OSIPTEL” (en adelante, el “Proyecto de Reglamento”), aprobado por Resolución No. 00004-2023-CD/OSIPTEL y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 13 de enero de 2023:

1. Memorando No. 00015-DFI/SDF/2022
2. Memorando No. 00163-OAF/2022
3. Memorando No. 00116-DPRC/2022
4. Memorando No. 422-OAJ/2022
5. Memorando No. 01463-DFI/2022
6. Memorando No. 00621-DPRC/2022
7. Memorando No. 01988-DAPU/2022
8. Memorando No. 01226-OAJ/2022
9. Memorando No. 00889-OAF/2022
10. Informe No. D000146-2022-PCM-SSSAR
11. Informe No. D001053-2022-PCM-OGAJ
12. Oficio No. D000960-2022-PCM-SGP
13. Carta No. 00475-GG/2022

Con fecha 10 de febrero de 2023, ocho (8) días después de que haya vencido el plazo máximo para responder nuestra solicitud, me fue remitido un correo electrónico de parte del OSIPTEL (en adelante, la “Comunicación Impugnada”) [Anexo C] por el cual el Funcionario Responsable de Entregar la Información de Acceso Público me remitió únicamente diez (10) de los trece (13) documentos solicitados, de los cuales cinco (5) se encuentran modificados, de modo tal que no se puede visualizar el texto completo de los mismos, según se aprecia en los siguientes ejemplos:

Memorando N° 00116-DPRC/2022

MEMORANDO N° 00116-DPRC/2022	
PARA	: LUIS ALEJANDRO PACHECO ZEVALLOS DIRECTOR DE FISCALIZACIÓN E INSTRUCCIÓN
DE	: LENNIN FRANK QUIRO CORDOVA DIRECTOR DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA
ASUNTO	: COMENTARIOS
REFERENCIA	: MEMORANDO 00015-DFI/SDF/2022
FECHA	: 11 de marzo de 2022

Me dirijo a usted en relación al memorando de la referencia mediante el cual solicita comentarios a la propuesta de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización del OSIPTEL.

Al respecto, nuestros comentarios son los siguientes:

Adicionalmente, es pertinente consultar si los temas de cumplimiento del Reglamento del BIRT así como el Reglamento de General de Tarifas (temas que usualmente está

Memorando N° 00422-OAJ/2022



MEMORANDO N° 00422-OAJ/2022

PARA : LUIS ALEJANDRO PACHECO ZEVALLOS
DIRECTOR DE FISCALIZACIÓN E INSTRUCCIÓN

DE : LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA
DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURÍDICA

ASUNTO : COMENTARIOS AL PROYECTO DE REGLAMENTO DE
TERCERIZACIÓN

REFERENCIA : MEMORANDO 00015-DF/SCF/2022

FECHA : 22 de abril de 2022

Por medio del presente me dirijo a usted en atención al memorando de la referencia mediante el cual solicita comentarios al Proyecto de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.

Sobre el particular, luego de la revisión del referido documento, tratándose para su consideración los siguientes comentarios:

I. Comentarios Generales.

De otro lado, cabe recordar que el artículo 55 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que "todas las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, los procedimientos

La situación indicada se presenta en hasta 5 de los 10 de documentos remitidos, conforme al siguiente detalle:

Documentos modificados			Documentos no entregados		
1. Memorando	No.	00116-DPRC/2022	1. Memorando	No.	00163-OAF/2022
2. Memorando	No.	422-OAJ/2022	2. Memorando	No.	00621-DPRC/2022
3. Memorando	No.	01463-DFI/2022		y	01988-DAPU/2022
4. Memorando	No.	01226-OAJ/2022			
5. Oficio	No.	D000960-2022-PCM-SGP			

Para intentar justificar su entrega parcial de la información solicitada el OSIPTEL alega que estaríamos ante información de carácter confidencial, de conformidad con lo establecido por el numeral 1 del artículo 17 del TUO Ley de Transparencia, en otras palabras, que se trataría de información relacionada con un proceso deliberativo o consultivo previo a una decisión de gobierno:

Respecto a la información retirada y la no entrega de la memoranda 00163-OAF/2022, 00621-DPRC/2022 y 01988-DAPU/2022 debe indicarse que la misma comprende recomendaciones u opiniones relativas al texto del proyecto normativo Reglamento para la Tercerización de Acciones de Fiscalización del OSIPTEL, el cual aún se encuentra en etapa de elaboración, motivo por el que constituye información de carácter confidencial, de conformidad con lo establecido por el numeral 1 del artículo 17°(1) del TULO de la Ley 27806 (publicado el 11 de diciembre de 2019).

*En ese sentido, en virtud del presente escrito y conforme a los artículos 218 y 220 del TULO y del artículo 16-B del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo No. 072-2003-PCM, procedo a interponer **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Comunicación Impugnada, de modo que el Tribunal ordene la entrega de la totalidad de la información solicitada (sin restricciones, modificaciones o alteraciones) (...)*”

Mediante la Resolución N° 000404-2023-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.

Con 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:

“(…)

3.1. *Respecto a los puntos controvertidos del presente caso y a los argumentos expuestos por la ADMINISTRADA, corresponde señalar lo siguiente:*

En relación al pedido formulado por la ADMINISTRADA debe señalarse que la solicitud fue atendida mediante correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2023, a través del cual se remitió diez (10) de los trece (13) documentos solicitados, cinco (5) de ellos visualizables íntegramente, cinco de ellos (5) sin visualizar el texto completo, en tanto que tres (3) no fueron entregados.

En suma, el pedido se atendió de acuerdo al siguiente detalle:

Documento Solicitado	Entregado	Tachado
Memorando N° 0015-DFI/SDF/2022	SI	NO
Memorando N° 00163-OAF/2022	NO	N.A
Memorando N° 0116-DPRC/2022	SI	SI
Memorando N° 422-OAJ/2022	SI	SI
Memorando N° 1463-DFI/2022	SI	SI
Memorando N° 0621-DPRC/2022	NO	N.A
Memorando N° 01988-DAPU/2022	NO	N.A
Memorando N° 01226-OAJ/2022	SI	SI
Memorando N° 00889-OAF/2022	SI	NO
Informe N° D000146-PCM-SSSAR	SI	NO
Informe N° D001053-PCM-OGAJ	SI	NO
Oficio N° D000960-2022-PCM-SGP	SI	SI
Carta N° 00475-GG/2022	SI	NO

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° 9217-2023/55B01, 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.

En efecto, en su oportunidad, el OSIPTEL indicó respecto a lo solicitado que se procedía a la entrega de ciertos documentos en su integridad, mientras que para algunos otros se tenía las siguientes consideraciones

- a. los documentos entregados con alguna tachadura en su contenido, se procedía a entregarlos en dicha forma, dado que se encontraban bajo la protección de un “proceso deliberativo” de esta entidad, de una norma aún en desarrollo.
- b. de igual modo, la no entrega de la memoranda 00163-OAF/2022, 00621-DPRC/2022, 01988-DAPU/2022 se sustentó en el hecho que comprenden recomendaciones u opiniones relativas al texto del citado proyecto normativo, el cual aún se encuentra en etapa de elaboración.

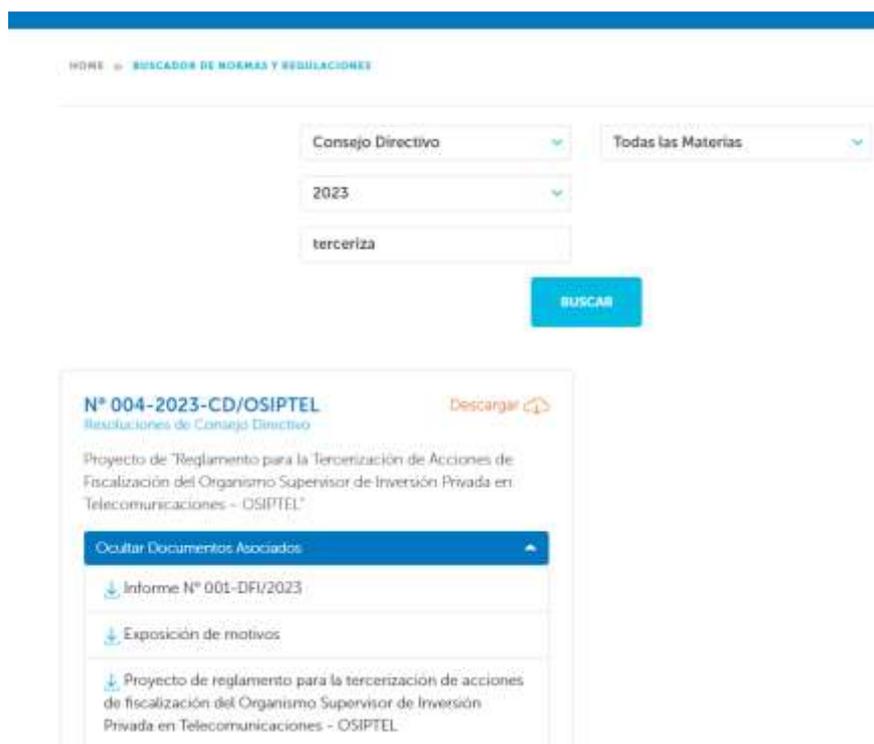
Ambas situaciones califican, a criterio nuestro, como información de carácter confidencial, de conformidad con lo establecido por el numeral 1 del artículo 172 del TUO de la Ley 27806, publicado el 11 de diciembre de 2019.

En ese sentido, se debe precisar que, el Proyecto de Reglamento de Tercerización de Acciones de Fiscalización del OSIPTEL fue aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00004-2023-CD/OSIPTEL (en adelante, el PROYECTO) y se publicó el 13 de enero de 2023 por un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente de la fecha en que la Resolución sea publicada en el diario oficial El Peruano, para que los interesados puedan presentar sus comentarios del mismo. Dicho plazo venció el 14 de febrero de 2023. Como se puede advertir, la solicitud de la ADMINISTRADA, se realizó el día 20 de enero de 2023, mediante correo electrónico, cuando esta entidad aún se encontraba en el proceso de emisión de normas, situación que permanece a la fecha.



Por ello, es pertinente señalar que El PROYECTO aún se encuentra en la etapa de análisis de los comentarios realizados, a efectos de recoger y apreciar la legalidad o pertinencia de lo señalado por los interesados; luego de ello, se procederá a elaborar la versión final del citado proyecto normativo, antes de someterlo a consideración del Consejo Directivo para la aprobación de la norma.

Respecto de las publicaciones en la página web institucional (que incluyen: a. el Informe N° 001- DFI/2023 como informe sustentatorio, b. la exposición de motivos; y c. el proyecto normativo per se, que suelen ser materia de publicación en los proyectos que publica esta entidad), que ha sido recogido – como ejemplo – por la propia ADMINISTRADA en su recurso de apelación, cuando incluye capturas de pantalla de las publicaciones en web de las Resoluciones N° 0221-2022-CD/OSIPTEL y N° 0186-2022-CD/OSIPTEL, que contienen, igualmente, un informe sustentatorio, la exposición de motivo, el proyecto normativo, documentos de metodología, que de ser el caso, en modo alguno se incluyen documentos propios de deliberaciones internas previas al proyecto normativo en sí.



A su vez, el Oficio N° 591-2018-JUS/DGTAIPD del 26 de julio de 2019, traído a colación por la ADMINISTRADA en su recurso de apelación reconoce la existencia del “proceso deliberativo” y le añade algunas características, que reseñamos a continuación.

“(…) En tal sentido, el privilegio deliberativo tiene por objeto:

Fomentar las discusiones abiertas entre autoridades y entre estas, y sus subordinados y superiores sobre asuntos administrativos y elaboración de políticas.

Proteger la información frente a una divulgación prematura previa a la decisión, para evitar así la confusión del ciudadano que no podría resultar de la divulgación de razonamientos y opiniones que no se hayan utilizado como fundamento para la decisión final. (sic)

Proteger de una prematura revelación las políticas de actuación, hasta su definitiva adopción” por tanto, el privilegio deliberativo cumple un papel instrumental en la libre determinación de los actos de gobierno. Pero esta dimensión es transitoria puesto que transcurrido el lapso a partir del cual se adopta la decisión vuelve a pesar el deber de publicidad. (...)”

En dicho orden de ideas, las comunicaciones aludidas por la apelante se encuentran dentro de un proceso deliberativo interno que formará la voluntad normativa de esta institución, por ello el TUO de la Ley 27806 opta por darle una adecuada protección, atribuyéndole el carácter de confidencial, máxime si aún no se trata de una decisión normativa final, habida cuenta que no se trataba de la versión de la norma puesta a comentarios de los administrados ni la norma finalmente aprobada.

Entendiendo que este privilegio deliberativo cumple un rol de propiciar la determinación o decisión de ciertos actos de gobierno, aplicables al presente caso, se advierte el sentido de la protección a efectos de no perturbar el proceso de deliberación normativa, por lo que las recomendaciones y análisis que se realicen para coadyuvar al OSIPTEL - viabilizar esta forma de llevar a cabo las acciones de fiscalización-, forman parte del proceso de formación de la voluntad de la entidad, y de este modo evitar la perturbación de las función estratégica de normar dicho proceso. Asimismo, conviene reiterar que, en la medida que dicho proceso se encuentra en trámite, las recomendaciones u opiniones relativas al texto del citado proyecto normativo realizadas por las diferentes áreas internas del OSIPTEL deben ser tratadas de manera confidencial, en la medida que podrían revelar acciones o alternativas que viene analizando la institución para la mejor manera de llevar a cabo la tercerización de dichas funciones.

En relación a la materia cuestionada por la ADMINISTRADA, a través de su recurso de apelación, debe señalarse que la Autoridad de Transparencia y Acceso a la Información Pública ha establecido los siguientes criterios interpretativos:

“Pronunciamiento: Opinión Consultiva N° 44-2021-JUS/DGTAIPD

Asunto: Alcances de la excepción prevista en el artículo 17.1 del TUO de la LTAIP, referido al privilegio deliberativo, y su inaplicación a los Informes Técnicos sobre proyectos de ley que contienen las posiciones institucionales de las entidades

Entidad consultante: Autoridad Nacional del Servicio Civil
Criterio 1: Para que una información calce en la excepción desarrollada en el artículo 17, numeral 1 del TUO de la LTAIP, referida al

privilegio deliberativo, deben concurrir necesariamente los siguientes supuestos:

- *Que la información objeto de solicitud contenga consejos, recomendaciones u opiniones expedidos en el marco de un proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, pública, gubernamental o de poder público, es decir, una decisión adoptada por una autoridad en ejercicio de sus competencias.*
- *Que la publicidad, conocimiento o divulgación prematura y previa de aquellos consejos, recomendaciones u opiniones, al momento de su valoración, interrumpa, menoscabe, inhiba o afecte en algún modo –o tenga el potencial de hacerlo– la posterior adopción de la decisión final y el debido cumplimiento de las funciones del tomador de la decisión, órgano o entidad requerida.*

Criterio 2:

Los informes técnicos emitidos por las entidades respecto de un Proyecto de Ley, contienen la posición institucional adoptada por el tomador final de la decisión pública sobre la viabilidad o inviabilidad de las iniciativas legislativas, por tal razón, y en tanto constituye una decisión pública ya adoptada, no están protegidos por la excepción referida al privilegio deliberativo. Su incorporación posterior a otros procesos o procedimientos no los hace confidenciales, salvo norma en contrario.”

En ese sentido, queda claro que los trece (13) documentos requeridos por la ADMINISTRADA, tal como refiere su propia solicitud, aluden al PROYECTO.

- 3.2. *Los trece (13) documentos requeridos por la ADMINISTRADA, tal como refiere su propia solicitud, aluden al PROYECTO.*

Dicho PROYECTO refiere a parte de las funciones del OSIPTEL, dado que pertenece a la forma en que se desarrollarán sus labores de fiscalización, lo que determina que se trate de disposiciones relativas a su competencia.

Asimismo, y como se puede advertir de la información que le ha sido entregada a la ADMINISTRADA, los documentos no facilitados han sido emitidos por las distintas áreas de la entidad, en respuesta al requerimiento de opinión solicitado por la Dirección de Fiscalización e Instrucción, por lo que contienen la opinión y/o las apreciaciones que las áreas expresan en relación al PROYECTO. De tal modo que, debe entenderse que los referidos documentos consisten en sí mismos, en sugerencias y/o

opiniones expedidos por las distintas áreas de la entidad en el marco de un proceso consultivo previo a la toma de una decisión en ejercicio de sus competencias.

En ese sentido, debe de concluirse que la documentación no facilitada comprende las opiniones emitidas dentro del proceso consultivo, previo a la toma de una decisión de gobierno en ejercicio de nuestras competencias, en la que se definirán los aspectos que debe comprender la norma futura y, principalmente, como los debe de comprender, a ser adoptada en ejercicio de nuestras competencias.

3.3. La materia que contiene el PROYECTO: Acciones de Fiscalización del OSIPTEL.

Esta materia, por su naturaleza, tiene carácter muy sensible para todas las empresas operadoras del sector telecomunicaciones y, por ende, exige un tratamiento muy estricto y delicado en cuanto al procedimiento de elaboración de normas.

Sin embargo, y como es natural, conocedoras las empresas operadoras de la elaboración de una norma con este carácter, asumen una postura defensiva en cuanto a la temática a regular, lo cual no permite al regulador conocer la real y verdadera problemática de la situación a regular. Estas posibles distorsiones de la realidad del mercado de las telecomunicaciones y/o comportamientos de las empresas operadoras, no le ofrecen al regulador el escenario neutral, sin distorsiones, que requiere para conocer la situación real, natural, que pretende regular. Esto exige cierto grado de confidencial en el tratamiento del tema.

Ahora bien, conforme a las disposiciones de Análisis de Impacto Regulatorio, al Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones y al Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General todos aquellos medios que hagan posible la difusión colectiva⁴, el OSIPTEL está cumpliendo con poner en conocimiento

de la ciudadanía la prepublicación de sus proyectos de norma, esto en la intención de recabar opiniones y/o consideraciones de la ciudadanía en general.

De tal modo que la publicidad en esta instancia, de la documentación requerida por la ADMINISTRADA, puede calificarse de prematura dentro de procedimiento de adopción de la decisión, pues su publicidad puede inhibir de algún modo el comportamiento de los actores que se pretende regular, distorsionando con ello las apreciaciones de los responsables de adoptar la decisión final.

3.4. En cumplimiento a lo establecido en el Criterio 2, debe indicarse que esta entidad -en su oportunidad- hizo entrega a la ADMINISTRADA, de toda la documentación solicitada y expedida por entidades distintas al OSIPTEL, sin restricción (testado) alguna.

- 3.5. *Otro aspecto que señala la ADMINISTRADA en su recurso de apelación, es aquel en el que cuestiona la no inclusión de un informe técnico y legal en la respuesta.*

Sobre el particular, debe expresarse que la expedición de un informe técnico legal no constituye requisito del procedimiento, por lo que su ausencia no afecta el mismo.

Lo esencial del acto administrativo, es la presencia de una motivación que justifique la decisión asumida en cada acto.

Por las razones expuestas, solicitamos que vuestro Tribunal declare infundada la apelación presentada por LA ADMINISTRADA, siendo que la información no facilitada a la ADMINISTRADA, que motivó la presentación de su recurso de apelación, se encuentran enmarcados en la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806, dado que, en atención al estado del proyecto, su publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la definición o decisión sobre el modo de llevar adelante la tercerización de las acciones de fiscalización”.

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 la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

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

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

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

en base a razones de hecho y a las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

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

2.2 Evaluación

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

“(…)

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:

“(…)

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

Sobre el particular cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que:

“(…)

5. *De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser*

interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas." (subrayado agregado)

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:

"(...)

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)

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.

Ahora bien, se advierte de autos, que la recurrente requirió a la entidad se remita a su correo electrónico lo siguiente:

"(...)

Solicito me remitan los siguientes documentos emitidos en el marco de la publicación del "Proyecto de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización del OSIPTEL", aprobada por Resolución N° 00004-2023-CD/OSIPTEL 1. Memorando N° 00015-DFI/SDF/2022 2. Memorando N° 00163-OAF/2022 3. Memorando N° 00116-DPRC/2022 4. Memorando N° 422-OAJ/2022 5. Carta N° 00475-GG/2022 6. Oficio N° D000960-2022-PCM-SGP 7. Informe N° D000146-2022-PCM-SSSAR 8. Informe N° D001053-2022-PCM-OGAJ 9. Memorando N° 01463-DFI/2022 10. Memorando N° 00621-DPRC/2022 11. Memorando N° 01988-DAPU/2022 12. Memorando N° 01226-OAJ/2022 13. Memorando N° 00889-OAF/2022". (sic)

Al respecto, la entidad con correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2023, comunicó a la recurrente 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 la Ley de Transparencia, habiéndose retirado la información de índole confidencial; asimismo, señaló que sobre la información retirada y la no entrega del Memorando N° 00163-OAF/2022, 00621-DPRC/2022 y 01988-DAPU/2022 debe indicarse que la misma comprende recomendaciones u opiniones relativas al texto del proyecto normativo Reglamento para la

Tercerización de Acciones de Fiscalización del OSIPTEL, el cual aún se encuentra en etapa de elaboración, motivo por el que constituye información de carácter confidencial, de conformidad con lo establecido por el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Finalmente, la entidad indicó que la versión del Proyecto de “Reglamento para la Tercerización de Acciones de Fiscalización del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones –OSIPTEL” se encuentra publicada en la siguiente ruta de la web de OSIPTEL:

<https://www.gob.pe/institucion/osiptel/normas-legales/3856809-004-2023-cd-osiptel>

Ante ello, la recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis alegando que solicitó a la entidad se le *proporcione copias de los siguientes trece (13) documentos emitidos en el marco de la publicación del “Proyecto de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización del OSIPTEL”, aprobado por Resolución No. 00004-2023-CD/OSIPTEL y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 13 de enero de 2023:*

1. Memorando No. 00015-DFI/SDF/2022
2. Memorando No. 00163-OAF/2022
3. Memorando No. 00116-DPRC/2022
4. Memorando No. 422-OAJ/2022
5. Memorando No. 01463-DFI/2022
6. Memorando No. 00621-DPRC/2022
7. Memorando No. 01988-DAPU/2022
8. Memorando No. 01226-OAJ/2022
9. Memorando No. 00889-OAF/2022
10. Informe No. D000146-2022-PCM-SSSAR
11. Informe No. D001053-2022-PCM-OGAJ
12. Oficio No. D000960-2022-PCM-SGP
13. Carta No. 00475-GG/2022

En ese sentido, la recurrente indicó que se le remitió diez (10) de los trece (13) documentos solicitados, de los cuales cinco (5) se encuentran modificados, de modo tal que no se puede visualizar el texto completo de los mismos, según el siguiente detalle:

Documentos modificados	Documentos no entregados
1. Memorando No. 00116-DPRC/2022	1. Memorando No. 00163-OAF/2022
2. Memorando No. 422-OAJ/2022	2. Memorando No. 00621-DPRC/2022 y 01988-DAPU/2022
3. Memorando No. 01463-DFI/2022	
4. Memorando No. 01226-OAJ/2022	
5. Oficio No. D000960-2022-PCM-SGP	

Finalmente, la entidad señaló que la entrega parcial de la información solicitada se debe a que se estaría ante información de carácter confidencial, de conformidad con lo establecido por el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, que se trataría de información relacionada con un proceso deliberativo o consultivo previo a una decisión de gobierno.

En esa línea, la entidad con escrito N° 01 remitió el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud; asimismo, formuló sus descargos señalando en atención a lo solicitado debe señalarse que la solicitud fue atendida mediante correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2023, a través del cual se remitió diez (10) de los trece (13) documentos solicitados, cinco (5) de ellos visualizables íntegramente, cinco de ellos (5) sin visualizar el texto completo, en tanto que tres (3) no fueron entregados, tal como se detalla a continuación:

Documento Solicitado	Entregado	Tachado
Memorando N° 0015-DFI/SDF/2022	SI	NO
Memorando N° 00163-OAF/2022	NO	N.A
Memorando N° 0116-DPRC/2022	SI	SI
Memorando N° 422-OAJ/2022	SI	SI
Memorando N° 1463-DFI/2022	SI	SI
Memorando N° 0621-DPRC/2022	NO	N.A
Memorando N° 01988-DAPU/2022	NO	N.A
Memorando N° 01226-OAJ/2022	SI	SI
Memorando N° 00889-OAF/2022	SI	NO
Informe N° D000146-PCM-SSAR	SI	NO
Informe N° D001053-PCM-OGAJ	SI	NO
Oficio N° D000960-2022-PCM-SGP	SI	SI
Carta N° 00475-GG/2022	SI	NO

En ese sentido, la entidad indicó que en su oportunidad entregó ciertos documentos en su integridad, mientras que para algunos otros se tenía las siguientes consideraciones

- Los documentos entregados con alguna tacha en su contenido, se procedía a entregarlos en dicha forma, dado que se encontraban bajo la protección de un “proceso deliberativo” de esta entidad, de una norma aún en desarrollo.
- De igual modo, la no entrega del Memorando N° 00163-OAF/2022, 00621-DPRC/2022, 01988-DAPU/2022 se sustentó en el hecho que comprenden recomendaciones u opiniones relativas al texto del citado proyecto normativo, el cual aún se encuentra en etapa de elaboración.

Situaciones que fueron calificadas por la entidad como información de carácter confidencial, de conformidad con lo establecido por el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

En ese sentido, la entidad precisó que, el Proyecto de Reglamento de Tercerización de Acciones de Fiscalización del OSIPTEL fue aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00004-2023-CD/OSIPTEL y se publicó el 13 de enero de 2023 por un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente de la fecha en que la Resolución sea publicada en el diario oficial El Peruano, para que los interesados puedan presentar sus comentarios del mismo, el cual venció el 14 de febrero de 2023; en ese sentido, el mencionado proyecto aún se encuentra en la etapa de análisis de los comentarios realizados, a efectos de recoger y apreciar la legalidad o pertinencia de lo señalado por los interesados; luego de ello, se procederá a elaborar la versión final del citado

proyecto normativo, antes de someterlo a consideración del Consejo Directivo para la aprobación de la norma.

En dicho orden de ideas, la entidad precisó que las comunicaciones aludidas por la recurrente se encuentran dentro de un proceso deliberativo interno que formará la voluntad normativa de esta institución, por ello la Ley de Transparencia opta por darle una adecuada protección, atribuyéndole el carácter de confidencial, más aún si no se trata de una decisión normativa final, habida cuenta que no se trataba de la versión de la norma puesta a comentarios de los administrados ni la norma finalmente aprobada.

De otro lado, la entidad agrega que en relación a la materia cuestionada por la recurrente a través de su recurso de apelación, debe señalarse que la Autoridad de Transparencia y Acceso a la Información Pública ha establecido los siguientes criterios interpretativos Opinión Consultiva N° 44-2021-JUS/DGTAIPD, respecto los *“Alcances de la excepción prevista en el artículo 17.1 del TUO de la LTAIP, referido al privilegio deliberativo, y su inaplicación a los Informes Técnicos sobre proyectos de ley que contienen las posiciones institucionales de las entidades”*.

En ese sentido, la entidad refirió que lo solicitado aluden al proyecto en mención el cual está referido a la forma en que Osiptel desarrollará sus labores de fiscalización, lo que determina que se trate de disposiciones relativas a su competencia, a lo que esta precisó que los documentos no entregados fueron emitidos por las distintas áreas de la entidad, en respuesta al requerimiento de opinión solicitado por la Dirección de Fiscalización e Instrucción, por lo que contienen la opinión y/o las apreciaciones que las áreas expresan en relación al PROYECTO. De tal modo que, debe entenderse que los referidos documentos consisten en sí mismos, en sugerencias y/o opiniones expedidos por las distintas áreas de la entidad en el marco de un proceso consultivo previo a la toma de una decisión en ejercicio de sus competencias, previo a la toma de una decisión de gobierno.

Además, la entidad precisó que la materia que contiene el proyecto, está relacionada con las acciones de Fiscalización del OSIPTEL, conteniendo un carácter muy sensible para todas las empresas operadoras del sector telecomunicaciones y, por ende, exige un tratamiento muy estricto y delicado en cuanto al procedimiento de elaboración de normas.

Asimismo, la entidad agrega que conforme a las disposiciones de Análisis de Impacto Regulatorio, al Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones y al Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General todos aquellos medios que hagan posible la difusión colectiva el OSIPTEL está cumpliendo con poner en conocimiento de la ciudadanía la prepublicación de sus proyectos de norma, esto en la intención de recabar opiniones y/o consideraciones de la ciudadanía en general.

Finalmente, la entidad indicó que la publicidad en esta instancia, de la documentación requerida, puede calificarse de prematura dentro de procedimiento de adopción de la decisión, pues su publicidad puede inhibir de algún modo el comportamiento de los actores que se pretende regular, distorsionando con ello las apreciaciones de los responsables de adoptar la decisión final; por tanto, la información no facilitada a la administrada, se

encuentran enmarcados en la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

- **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.

- **Respecto a la excepción contenida en el numeral 1 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 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

En ese sentido, para efectos de realizar un análisis respecto al dispositivo legal invocado por la entidad para denegar la solicitud de la recurrente, se debe precisar el contenido del mencionado numeral 1 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:*

1. *La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.. (...).”*

Sobre el particular, cabe señalar que la entidad a través de sus descargos precisó que el “Proyecto de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización del OSIPTEL” aún se encuentra en la etapa de análisis de los comentarios realizados, a efectos de recoger y apreciar la legalidad o pertinencia de lo señalado por los interesados; luego de ello, se procederá a elaborar la versión final del citado proyecto normativo, antes de someterlo a consideración del Consejo Directivo para la aprobación de la norma.

Sumado a ello, indicó la entidad que dichos documentos solicitados que aluden al proyecto en mención el cual está referido a la forma en que Osiptel desarrollará sus labores de fiscalización, precisando que los documentos no entregados fueron emitidos por las distintas áreas de la entidad, en respuesta al requerimiento de opinión solicitado por la Dirección de Fiscalización e Instrucción, por lo que contienen la opinión y/o las apreciaciones que las áreas expresan en relación al proyecto en mención. De tal modo que, debe entenderse que los referidos documentos consisten en sí mismos, en sugerencias y/o opiniones expedidos por las distintas áreas de la entidad en el marco de un proceso consultivo previo a la toma de una decisión en ejercicio de sus competencias.

En ese sentido, cabe precisar los elementos necesarios para que determinada información pueda encontrarse protegida por la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia. Así, se establecen dos supuestos respecto del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, conforme se detalla a continuación:

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

Así, para que se configure la aludida causal no es suficiente pues aducir que la información solicitada se encuentra dentro de un proceso deliberativo en curso, sino que es necesario establecer si la información solicitada contiene consejos, recomendaciones u opiniones relativos a la adopción de la decisión, y que dicha decisión tenga la característica de una “decisión de gobierno”; así como que la documentación requerida no tenga carácter público. Siendo esto así, un aspecto trascendental es argumentar y acreditar que dicha decisión tiene la característica de una “decisión de gobierno”, pues en caso contrario, se podría llegar al extremo de que toda decisión de una entidad de la Administración Pública constituye una decisión de gobierno, es por ello, que conviene tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre dicha materia.

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

“(…)

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

“(...) que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones” (cursiva añadido).

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

En ese sentido, el primer párrafo del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece la excepción del acceso a la documentación que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de la decisión de gobierno; sin embargo, la entidad no ha sustentado por qué la decisión a adoptarse constituye una decisión de gobierno y no una decisión que corresponde al mero ejercicio de las competencias legalmente atribuidas.

Sobre el particular, cabe destacar lo señalado en los Fundamentos 8 y 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00849-2010-PHD/TC, en el que el Tribunal Constitucional se refirió a las decisiones de gobierno y al ejercicio de las competencias regladas desarrolladas por las entidades, conforme el siguiente texto:

“(...

- 8. En efecto, la información requerida por los demandantes (el texto del Reglamento interno de funcionamiento para la calificación de los expedientes precalificados por parte de la Comisión Ejecutiva reactivada por la Ley N.º 29059), no se encuentra comprendida en ninguno de tales supuestos, por cuanto se trata de una información que no es utilizada en el marco de una decisión de gobierno de la administración pública, ni es información que comprometa el secreto profesional que deben guardar los asesores jurídicos de las entidades públicas.*
- 9. Por el contrario, se trata de información empleada por la administración para el ejercicio de una competencia reglada, por cuanto la Comisión Ejecutiva debe cumplir con evaluar los expedientes sometidos a su conocimiento teniendo en cuenta los parámetros establecidos tanto en la Ley N.º 27803 como en la Ley N.º 29059, en cuya Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final se señala justamente que los miembros de la Comisión Ejecutiva son responsables solidariamente por la no información, ocultamiento de información y/o transgresión del debido proceso en la calificación y evaluación de los expedientes. En consecuencia, en la medida que en el presente caso se ha vulnerado el derecho de acceso a la información pública, la demanda debe ser estimada”. (Subrayado agregado)*

En ese sentido, es preciso señalar que la entidad no ha cumplido con acreditar de qué manera la documentación materia de apelación, se encuentra vinculada a una “decisión de gobierno” y no únicamente al ejercicio de una competencia reglada de la entidad en ejercicio de sus competencias institucionales, en este caso, el ejercicio de la facultad normativa de la entidad.

En ese sentido, cabe destacar que, atendiendo a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes, así como a la carga de la prueba que posee la entidad respecto al carácter confidencial de la información, se tiene que ésta no ha cumplido con fundamentar la aplicación de la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; así por ejemplo, la entidad no ha acreditado las razones por las que la decisión a adoptarse debe ser calificada como una decisión de gobierno, teniendo en cuenta que la misma está vinculada con el Proyecto de Reglamento de Tercerización de Acciones de Fiscalización del OSIPTEL, siendo este determinará la forma en que se desarrollarán sus labores de fiscalización, lo que determina que se trate de disposiciones relativas al ejercicio de una competencia reglada.

Siendo esto así, atendiendo a lo antes expresado, corresponde desestimar el argumento de la entidad vinculado con la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

- **Con relación a la información que se encuentra en posesión de la entidad conforme el artículo 10 de la Ley de Transparencia:**

Ahora bien, respecto a la información solicitada, la entidad no ha negado encontrarse en posesión de lo requerido; en ese sentido, es oportuno señalar que conforme lo dispone el primer párrafo del artículo 10 de la Ley de Transparencia, 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 ese contexto, al no haberse descartado el carácter público de la información requerida, consistente en Memorando No. 00116-DPRC/2022, Memorando No. 422-OAJ/2022, Memorando No. 01463-DFI/2022, Oficio No. D000960-2022-PCM-SGP, Memorando No. 00163-OAF/2022, Memorando No. 00621-DPRC/2022 y Memorando No. 01988-DAPU/2022, relacionado con el *“Proyecto de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización del OSIPTEL”*, se presume que dicha información posee carácter público.

Siendo esto así, cabe señalar que, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de las entidades del estado, de modo que la información que estas entidades posean, administren o hayan generado como consecuencia del ejercicio de sus facultades, atribuciones o el cumplimiento de sus obligaciones, sin importar su origen, utilización o el medio en el que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, cabe la posibilidad de que eventualmente dicha documentación pueda contar con información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia. En cuanto a ello, de manera ilustrativa, con relación a la protección de información de naturaleza íntima como lo pudieran ser datos personales que pudieran estar contenidos en dicha documentación, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 6, 7, 8 y 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 de esa forma 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.

Ahora bien, en cuanto a la Opinión Consultiva N° 44-2021-JUS/DGTAIPD señalada en los descargos de la entidad, es importante destacar lo previsto en el artículo 1 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 intereses⁶, el cual prevé que dicha norma “(…) tiene por objeto

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 En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

crear la *Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalecer el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses*". (subrayado agregado)

En ese sentido, el primer párrafo del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1353, establece que "*El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Dirección Nacional de Transparencia y Acceso a Información Pública es la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en adelante la Autoridad*". (subrayado agregado)

En esa misma línea, el artículo 4 de la norma en referencia, determina que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en adelante la ANTAIP⁷ cuenta con "(...) *las siguientes funciones en materia de transparencia y acceso a la información pública:*

1. *Proponer políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública.*
2. *Emitir directivas y lineamientos que sean necesarios para el cumplimiento de las normas en el ámbito de su competencia.*
3. *Supervisar el cumplimiento de las normas en materia de transparencia y acceso a la información pública.*
4. *Absolver las consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a información pública.*
5. *Fomentar la cultura de transparencia y acceso a la información pública.*
6. *Solicitar, dentro del ámbito de su competencia, la información que considere necesaria a las entidades, las cuales están en la obligación de proveerla, salvo las excepciones previstas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.*
7. *Elaborar y presentar al Congreso de la República el informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública. Este informe se presenta dentro del primer trimestre de cada año y es publicado en la página web de la Autoridad.*
8. *Supervisar el cumplimiento de la actualización del Portal de Transparencia.*
9. *Otras que se establezcan en las normas reglamentarias*". (Subrayado agregado)

De lo expuesto, vale señalar que dicha opinión consultiva se ha emitido en atención al numeral 4 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1353, donde la ANTAIP cuenta con la función de absolver las consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a la información pública.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo descrito en los párrafos precedentes, es preciso indicar que lo dispuesto en el artículo 4 de la Decreto Legislativo N° 1353 y lo descrito en la Opinión Consultiva N° 44-2021-JUS/DGTAIPD, no se evidencia que dicha opinión tenga carácter vinculante; más aún, cuando las absoluciones a las consultas realizadas por las entidades de la administración pública son pautas de interpretación de carácter general; por tanto, no resulta amparable el argumento de la entidad para considerar que el Memorando No. 00116-DPRC/2022, Memorando No. 422-OAJ/2022, Memorando No. 01463-DFI/2022, Oficio No. D000960-2022-PCM-SGP, Memorando No. 00163-

⁷ En adelante, ANTAIP.

OAF/2022, Memorando No. 00621-DPRC/2022 y Memorando No. 01988-DAPU/2022, relacionado con el “*Proyecto de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización del OSIPTEL*” estén comprendidos dentro de la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado y ordenar a la entidad que proceda a la entrega a la recurrente de la información pública requerida⁸, esto es el Memorando No. 00116-DPRC/2022, Memorando No. 422-OAJ/2022, Memorando No. 01463-DFI/2022, Oficio No. D000960-2022-PCM-SGP, Memorando No. 00163-OAF/2022, Memorando No. 00621-DPRC/2022 y Memorando No. 01988-DAPU/2022, relacionado con el “*Proyecto de Reglamento para la tercerización de acciones de fiscalización del OSIPTEL*”, 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 dispuesto⁹ 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 interpuesto por **ANDREA YOSHIMI MAN CORONEL**; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)** que entregue la información pública solicitada por la recurrente, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, bajo

⁸ 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.

⁹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

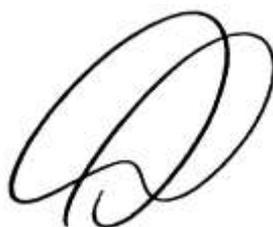
apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

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 **ANDREA YOSHIMI MAN CORONEL**.

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 **ANDREA YOSHIMI MAN CORONEL** y al **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

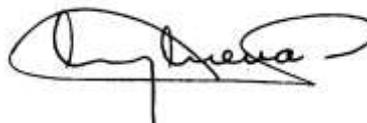
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: uzb