



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 000246-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 03136-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **YASSMÍN BELÉN MUÑOZ-NÁJAR SALEM**
Entidad : **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 25 de enero de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 03136-2022-JUS/TTAIP de fecha 12 de diciembre de 2022, interpuesto por **YASSMÍN BELÉN MUÑOZ-NÁJAR SALEM**, contra la respuesta contenida en el correo electrónico de fecha 1 de diciembre de 2022 que adjunta el MEMORANDO N° 1639-2022-MTC/19.02, a través del cual el **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con Expediente N° 528588 de fecha 28 de noviembre de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 28 de noviembre de 2022, la recurrente solicitó a la entidad la siguiente información:

“INFORMES, AYUDAS MEMORIA, RECOMENDACIONES Y, EN GENERAL, DOCUMENTOS EMITIDOS EN EL MARCO DE LAS MISIONES DE SUPERVISIÓN REALIZADAS POR EL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO AL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, EN RELACIÓN CON EL PROYECTO LÍNEA 2 DEL METRO DE LIMA ENTRE LOS AÑOS 2020 A 2022; INCLUYENDO ESPECÍFICAMENTE LAS MISIONES DE ABRIL Y AGOSTO DE 2021.” [sic]

Mediante el correo electrónico de fecha 1 de diciembre de 2022, la entidad brindó respuesta a la administrada señalando lo siguiente:

*“(…)
Al respecto, la Dirección de Inversión Privada den Transportes del Ministerio de y Comunicaciones mediante Memorando N° 1639-2022-MTC/19.02 de fecha 30 de noviembre del 2022, manifestó lo siguiente: “(…) la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece ciertos límites al derecho de acceso a la información pública, señalando entre otros supuestos el artículo 15-B numeral 4, que establece como una de las excepciones al ejercicio de dicho derecho, aquella información considerada como confidencial. En ese sentido, es necesario indicar que a la fecha, el Estado Peruano y la sociedad del Proyecto*

Línea 2 del Metro de Lima, se encuentran en un proceso de arbitraje internacional con el objeto de resolver la controversia; la misma que aún no cuenta con una resolución definitiva, por consiguiente, la información solicitada se encuentra inmersa en las excepciones establecidas por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (...) ” Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 del TUO de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, le informamos que no es posible proporcionarle la información que solicita, dentro de la política de transparencia que caracteriza a nuestra institución.”

Con fecha 12 de diciembre de 2022, la recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando lo siguiente:

(...)

*3. En relación a lo señalado por el MTC sobre que la información requerida es confidencial debido a que "se encuentran en un proceso de arbitraje internacional", lo cierto es que el numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia, citado por la entidad, no dota de carácter confidencial a cualquier documento relacionado a un proceso arbitral, sino **solo a aquellos que revelan la estrategia de defensa del Estado en un proceso arbitral.***

(...)

5. Sobre ello, en primer lugar, el MTC no indicó ni dio explicación alguna sobre cómo los documentos solicitados formarían parte de la estrategia de un proceso arbitral (...).

6. Es de mi entendimiento que la información solicitada por mi persona, no fue elaborado ni suscrita por asesores jurídicos o abogados del MTC, sino que fue elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo en el marco de misiones hechas en la ciudad de Lima; no en un papel de asesor jurídico o abogado del MTC en el marco del arbitraje al que se han referido, por lo que tampoco se cumpliría el "requisito 2".

7. Ha de mencionarse que el Banco Interamericano de Desarrollo (o "BID"), se dedica al financiamiento para el desarrollo sostenible, social, económico e institucional en Latinoamérica y el Caribe; más no ha asesorar jurídicamente a entidades estatales, mucho menos en procesos arbitrales.

8. Por ende, considero que la información solicitada no corresponde, en lo absoluto, a aspectos que puedan evidenciar la estrategia del MTC en un arbitraje. La excepción que invoca el MTC para rechazar mi solicitud de acceso a la información solo aplica respecto de los documentos que reflejen la estrategia de la entidad en un proceso en curso, no en informes emitidos previamente por una organización internacional, entiendo, ajena al proceso arbitral al que se refiere.

(...)"[sic]

Mediante la RESOLUCIÓN N° 000092-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA de fecha 11 de enero de 2023¹, se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio y se requirió a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud del recurrente, así como la formulación de sus descargos, los cuales hasta la fecha de emisión de la presente resolución no fueron presentados.

¹ Notificada el 17 de enero de 2023.

II. ANÁLISIS

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

En este marco, el artículo 3 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-JUS², establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

A su vez, el artículo 10 del mismo texto dispone 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.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 17 de la referida ley, señala que constituye una excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información, aquella que es preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados 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 a su asesorado.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia 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.

2.1. Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente se encuentra protegida por la excepción prevista en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2. Evaluación

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

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

² En adelante, Ley de Transparencia.

por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos". (Subrayado agregado)

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".

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

"Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado" (subrayado agregado).

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 cuenten o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, en tal sentido, efectuando una interpretación *contrario sensu*, es perfectamente válido inferir que la Administración Pública tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella que se encuentra obligada a contar.

En el caso de autos, la recurrente solicitó a la entidad "INFORMES, AYUDAS MEMORIA, RECOMENDACIONES Y, EN GENERAL, DOCUMENTOS EMITIDOS EN EL MARCO DE LAS MISIONES DE SUPERVISIÓN REALIZADAS POR EL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO AL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, EN RELACIÓN CON EL PROYECTO LÍNEA 2 DEL METRO DE LIMA ENTRE LOS AÑOS 2020 A 2022; INCLUYENDO ESPECÍFICAMENTE LAS MISIONES DE ABRIL Y AGOSTO DE 2021.", en tanto, la entidad comunicó al recurrente que dicha información tiene carácter confidencial

de conformidad con el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia³, al señalar que “(...) *el Estado Peruano y la sociedad del Proyecto Línea 2 del Metro de Lima., se encuentran en un proceso de arbitraje internacional con el objeto de resolver la controversia; la misma que aún no cuenta con una resolución definitiva (...)*”

En dicho contexto, corresponde determinar si la atención a la solicitud de acceso a la información pública efectuada por la entidad, es conforme a la normativa en la materia.

Al respecto, en relación al argumento brindado por la entidad para denegar la entrega de la información solicita por el recurrente, corresponde señalar que el referido numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia señala que es información confidencial: “la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.”

Sobre el particular, resulta pertinente señalar que esta causal de excepción exige el cumplimiento de cuatro requisitos de manera concurrente:

1. La existencia de cierta información que ha sido creada o se encuentra en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis, recomendaciones, entre otros;
2. Que la información haya sido elaborada u obtenida por 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 el cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

En tal sentido, este colegiado entiende que para la configuración del referido supuesto de excepción, la norma exige la concurrencia simultánea de los citados requisitos, siendo evidente que la información en cuestión debe estar contenida en un documento que ha sido creado o se encuentra en posesión de la entidad.

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.

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 esta 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.

Adicionalmente a ello, tampoco resulta suficiente que la referida información, haya sido elaborada u 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,

³ Cabe precisar que la entidad mencionó la normativa anterior contenida en el numeral 4 del artículo 15-B de la Ley de Transparencia.

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.

En esa línea, en el caso de autos, la entidad no ha indicado de qué manera lo solicitado fue elaborado u obtenido por un asesor jurídico o un abogado de la entidad, tampoco ha indicado ante esta instancia el procedimiento administrativo o judicial en trámite, ni cómo la divulgación de dicha información afectaría la estrategia de defensa a adoptarse en el marco del referido procedimiento administrativo o judicial en trámite, pese a que tiene la carga de acreditar dichos elementos que configuran la citada excepción. Por lo tanto, se concluye que la entidad no ha acreditado la excepción alegada regulada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

De otro lado, la entidad afirmó que la documentación requerida forma parte de un proceso arbitral en el que la entidad es parte. En atención a ello, es pertinente señalar que el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071 "*Decreto Legislativo que norma el arbitraje*", establece una disposición específica sobre la confidencialidad, conforme el siguiente texto:

“Artículo 51.- Confidencialidad y publicidad

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

*3. **En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral,** observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte.” (resaltado y subrayado agregado).*

Al respecto, es importante tener en cuenta que el literal “f)” de la Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia N° 20-2020 que modificó el numeral 3 del artículo 51 antes citado, en los términos expuestos anteriormente, señaló lo siguiente: *“Confidencialidad y publicidad: Sobre el respecto se propone que, en todos los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano, como parte, las actuaciones arbitrales y el laudo sean públicos, una vez concluido el proceso arbitral, no pudiendo ser antes para evitar que se ventilen posibles estrategias de defensa de los operadores del Sistema de Defensa Jurídica del Estado y tampoco con las exigencias de la normativa de transparencia y acceso a la información pública. Sin embargo, una vez terminadas las actuaciones procesales arbitrales, a fin de brindar mayor transparencia a los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano, se ha establecido que las actuaciones y el laudo sean públicos, una vez que el laudo sea expedido” (subrayado agregado)*

Siendo esto así, en el caso de los arbitrajes con el Estado, la confidencialidad tiene un límite temporal, determinado por la emisión del laudo, luego de lo cual, tanto

las actuaciones arbitrales como el propio laudo son públicos, siempre que dicha información no se encuentre incursa en algún otro supuesto contemplado en la Ley de Transparencia.

Con relación a la presente controversia, se aprecia de autos que la entidad solo se ha limitado a señalar que la documentación requerida forma parte de un proceso arbitral en el que la entidad es parte; sin embargo, la entidad no ha identificado correctamente el aludido procedimiento arbitral en el que la documentación solicitada por el recurrente se encontraría inmersa, toda vez que no señaló el número del expediente arbitral, ni la etapa del mismo, ni algún detalle respecto al objeto de la controversia del referido procedimiento arbitral.

En ese contexto, la entidad no ha acreditado ante esta instancia que la información solicitada por el recurrente corresponde a una actuación arbitral que se encuentra dentro del ámbito de protección de confidencialidad contemplado en el artículo 51 del Decreto Legislativo 1071; y, por ende, en la excepción al acceso a la información pública establecida en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, la cual establece que: *“Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.”*

En tal sentido, al no haberse desvirtuado el principio de publicidad de la información solicitada por el administrado, ni encontrarse acreditado el supuesto de excepción alegado por la entidad, pese a tener la carga de la prueba, la Presunción de Publicidad que recae sobre toda documentación que obra en poder de la Administración Pública se mantiene vigente.

En consecuencia, corresponde estimar el presente recurso de apelación, ordenando la entrega de la documentación solicitada por el recurrente, conforme a los argumentos expuestos en la presente resolución.

Finalmente, de conformidad con 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 el artículo 6 y el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **YASSMÍN BELÉN MUÑOZ-NÁJAR SALEM**; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** que entregue la documentación pública solicitada, conforme a los considerandos expuestos en la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **YASSMÍN BELÉN MUÑOZ-NÁJAR SALEM**.

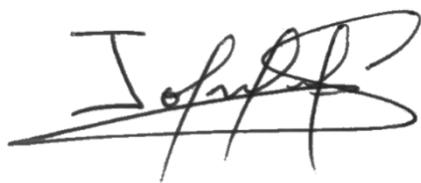
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **YASSMÍN BELÉN MUÑOZ-NÁJAR SALEM** y al **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**, 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).



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal Presidenta



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal



VANESA VERA MUENTE
Vocal

vp: vvm