



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 000255-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 00033-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **MEGAFLEX PERU S.A.C.**
Entidad : **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES - PSI**
Sumilla : Declara fundado en parte el recurso de apelación

Miraflores, 26 de enero de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 00033-2022-JUS/TTAIP de fecha 5 de enero de 2023, interpuesto por **MEGAFLEX PERU S.A.C.**, representada por Jose Luis Cornejo Saravia en calidad de Gerente General¹, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública presentada al **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES - PSI**, con fecha 17 de octubre de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 17 de octubre de 2022, la empresa recurrente requirió² a la entidad documentación referente a la obra **"MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE RIEGO DE LOS SECTORES HUANCASAYA – ALPAORCCONA Y PUCACCACCA, PACOPATA DEL DISTRITO DE LOS MOROCHUCOS, PROVINCIA DE CANGALLO, AYACUCHO"**, siendo esta la siguiente información:

- *"Informarnos si el Tribunal Arbitral se pronunció para la continuación del proceso Arbitral³ y indicarnos el estado actual en la cual se encuentra dicho proceso arbitral a la fecha⁴."* [sic]

Con fecha 10 de noviembre de 2022, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo, la empresa recurrente presentó su recurso de apelación⁵ materia de análisis⁶.

¹ Si bien no se adjunta poder que acredite la representación del aludido ciudadano, sin embargo, de la revisión efectuada por este colegiado de la razón social en la página oficial de Consulta RUC de la SUNAT (<https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/FrameCriterioBusquedaWeb.jsp>), se ha podido corroborar su calidad de representante de la aludida persona jurídica privada.

² Requerimiento efectuado mediante la CARTA N°001-2022/SCF-I/CEA.

³ En adelante, ítem 1.

⁴ En adelante, ítem 2.

⁵ Mediante la CARTA N°002-2022/SCF-I/CEA. Asimismo, Cabe precisar que con fecha 5 de enero de 2023, la entidad volvió a presentar su recurso de apelación.

⁶ Cabe precisar que en autos obra la CARTA N°003-2023/SCF-I/CEA, de fecha 5 de enero de 2023, recepcionado por la entidad en la misma fecha, mediante el cual la empresa recurrente reiteró su requerimiento.

Mediante la RESOLUCIÓN N° 000143-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA de fecha 16 de enero de 2023⁷, se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud y la formulación de sus descargos.

En atención a ello, mediante OFICIO Nro 00046-2023-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM, ingresado a esta instancia con fecha 26 de enero de 2023, la entidad remitió el expediente administrativo requerido, asimismo, adjuntó el INFORME Nro 00005-2023-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM-MCGT, mediante el cual formuló sus descargos alegando lo siguiente:

“(…)

II) ANÁLISIS

2.1 Respetto a la CARTA N°001-2022/SCF-I/CEA

- 2.1.1 Con fecha 17.10.2022 a 16:44 horas, pasado el horario de atención de la mesa de partes, se recepcionó la CARTA N°001-2022/SCF-I/CEA de la Empresa MEGAFLEX PERU SAC, la cual fue enviada del correo electrónico [REDACTED] al correo electrónico tramitedocumentario@psi.gob.pe.
- 2.1.2 Dicho documento fue observado mediante correo electrónico del día 17.10.2022 a 10:27 horas en la cual se solicitaba al usuario especifique que documentos requiere (copia de oficios, memorandos, informes etc) a fin de poder brindar la atención dentro del plazo de ley.
- 2.1.3 Sin embargo, dicha observación nunca fue subsanada por lo cual el documento se dio como no recibido. Dicha situación fue comunicada al usuario mediante correo electrónico de fecha 05.01.2023.

2.2 Respetto a la CARTA N°002-2022/SCF-I/CEA

- 2.2.1 Según lo indicado por el señor José Luis Cornejo Saravia, con fecha 10.11.2022 se remitió la CARTA N°002-2022/SCF-I/CEA al correo tramitedocumentario@psi.gob.pe mediante el cual se reiteraba una solicitud de Información de la Obra " MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE RIEGO DE LOS SECTORES HUANCASAYA – ALPAORCCONA Y PUCACCACCA, PACOPATA DEL DISTRITO DE LOS MOROCHUCOS, PROVINCIA DE CANGALLO, AYACUCHO", que ejecutó el Consorcio Ejecutor Ayacucho.
- 2.2.2 Al respecto, dicho documento no ha fue recepcionado ni registrado en el Sistema de Trámite Documentario de la Entidad, por cuanto no se tuvo conocimiento del mismo hasta la remisión de la CARTA N°003-2022/SCF-I/CEA con la cual el suscrito toma conocimiento de los hechos.
- 2.2.3 Del mismo modo, mediante correo electrónico de fecha 05.01.2023 se le solicitó al usuario el cargo o correo de notificación del registro del documento en mención (CARTA N° 002-2022/SCF-I/CEA), que siempre se entrega a cada usuario que remite o ingresa un documento por la mesa de partes de la Entidad; sin embargo a la fecha el usuario no ha remitido ninguna copia o notificación de cargo que sustente tal acción.

2.3 Respetto a la CARTA N°003-2023/SCF-I/CEA

- 2.3.1 Con fecha 05.01.2023 a 12:21 horas el ciudadano José Luis Cornejo Saravia remitió por medio de la Mesa de Partes Virtual del PSI la CARTA N°003-2022/SCF-I/CEA con el asunto: “Reiteración de la Solicitud de Información de la Obra”. Mediante el citado documento se solicitaba lo siguiente:

⁷ Notificada el 19 de enero de 2023.

“...Informarnos si el Tribunal Arbitral se pronunció para la continuación del proceso Arbitral e indicarnos el estado actual en la cual se encuentra dicho proceso arbitral a la fecha.”

- 2.3.2 *Al respecto se procedió a remitir el correo electrónico de fecha 05.01.2023 mediante el cual se detalla los actuados y la situación de cada una de sus cartas y se le solicitó que remita el cargo de la Carta N° 002-2023/SCF-I/CEA a fin de sustentar su remisión.*
- 2.3.3 *Con el correo electrónico de fecha 05.01.2023 a 17:40 horas el usuario brindó respuesta a lo solicitado en el párrafo anterior, mediante una nueva Carta N°003-2023/SCF-I/CEA, en la cual se precisaba el pedido de información en el sentido de solicitar copias de resoluciones, notificaciones, orden procesal, etc respecto al proceso arbitral entre el PSI y el Consorcio Ejecutor Ayacucho. Del mismo modo, en la misma carta el usuario indica que se remite el cargo de la Carta N° 002-2023/SCF-I/CEA, lo cual no se ha adjuntado.*
- 2.3.4 *Sin embargo, con la finalidad de agilizar el trámite de atención de la solicitud de transparencia del usuario, se dio respuesta a la CARTA N°003-2023/SCF-I/CEA de fecha 05.01.2023 mediante la Carta N° 00043-2023-MIDAGRI-DVDAFIR/PSIUADM y notificada a través del correo electrónico de fecha 25.01.2023.*

III) CONCLUSIONES

- 3.1 *Respecto a la Carta N° 001-2023/SCF-I/CEA, se remitió al usuario un correo electrónico solicitando se precise la información solicitada a fin de continuar con el registro del documento, la cual no se obtuvo respuesta alguna por parte del usuario.*
- 3.2 *Respecto a la Carta N° 002-2023/SCF-I/CEA, dicho documento no ha sido recepcionado ni registrado en el Sistema de Trámite Documentario de la Entidad; asimismo, se le solicitó al usuario el cargo respectivo a fin de validar el registro, el cual a la fecha no ha sido remitido.*
- 3.3 *Respecto a la Carta N° 003-2023/SCF-I/CEA, se remitió al usuario un correo electrónico detallando los actuados de sus cartas anteriormente citadas el cual fue subsanado por el usuario con una nueva carta con el mismo número Carta 003-2023/SCF-I/CEA la cual se registró con el Cut. 0175-2023-PSI.*
- 3.4 *Sin perjuicio de ello, la solicitud de acceso a la información pública del ciudadano José Luis Cornejo Saravia fue respondida con la Carta Nro. 00043-2023-MIDAGRIDVDAFIR/PSI-UADM de fecha 25.01.2023 y notificada mediante correo electrónico de fecha 25.01.2023.” [sic]*

Asimismo, de la documentación remitida por la entidad se aprecian los siguientes actuados:

- Correo electrónico de fecha 17 de octubre de 2022, a través del cual el recurrente presentó su solicitud de información mediante la CARTA N°001-2022/SCF-I/CEA.
- Correo electrónico de fecha 18 de octubre de 2022, mediante el cual la entidad requirió al administrado precisar su pedido señalando lo siguiente:

“(...) debo precisar que de acuerdo a la Ley de Acceso a la Información Pública, la información solicitada tiene que estar contenida en documentos escritos y/o digitales que posea la Entidad, cuya copia se le proporcionará de manera física o digital. Del mismo modo, la ley no faculta a que la Entidad deba efectuar resúmenes o análisis de la información solicitada. Por lo tanto, agradeceré

especificar que documentos requiere (copia de oficios, memorandos, informes etc) a fin de poder brindar la atención dentro del plazo de ley.

A la espera de su gentil respuesta a fin de continuar con el registro del documento.

Recuerde que el horario de atención de la mesa de partes virtual es de lunes a viernes (días laborables) de 08:30 a 16:30 horas (pasado el horario de atención, el documento será revisado y registrado el día siguiente útil).” [sic]

- Correo electrónico de fecha 5 de enero de 2023, mediante el cual la entidad comunicó a la empresa recurrente lo siguiente:

“(…) en relación a su documento **CARTA N°003-2023/SCF-I/CEA** remitido a la mesa de partes virtual de esta Entidad, mediante el cual **REITERA LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN DE LA OBRA "MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE RIEGO DE LOS SECTORES HUANCASAYA – ALPAORCCONA Y PUCACCACCA, PACOPATA DEL DISTRITO DE LOS MOROCHUCOS, PROVINCIA DE CANGALLO, AYACUCHO"**, haciendo referencia a las cartas:

- CARTA N°001-2022/SCF-I/CEA DE FECHA 17.10.2022
- CARTA N°002-2022/SCF-I/CEA DE FECHA 09.11.2022

Debo precisa lo siguiente:

1. **Respecto a la CARTA N°001-2022/SCF-I/CEA** remitida el 17.10.2022, mediante el cual solicita información al amparo de la Ley de Transparencia, **se le solicitó** mediante correo electrón **en esa misma fecha nos ESPECIFIQUE** qué información requiere a fin de continuar con el REGISTRO de la solicitud y poder brindarle la debida atención. Sin embargo A LA FECHA no he recibido respuesta alguna al citado correo. (…)

(…)

2. Respecto a la CARTA N°002-2022/SCF-I/CEA de fecha 09.11.2022, le informamos que dicho documento **NO HA SIDO RECIBIDO NI REGISTRADO** en esa mesa de partes, por cuanto agradeceré, si fuera posible, remitirnos el CARGO respectivo.

Se recomienda remitir un nuevo documento con la información específica que usted requiere o puede ingresar al siguiente enlace para hacer uso del formulario virtual de acceso a la informa pública:

<http://www.psi.gob.pe/Acceso-informacion/>

A la espera de su gentil respuesta a fin de poder atenderlo.” [sic]

- Correo electrónico de fecha 5 de enero de 2023, mediante el cual la empresa recurrente remitió a la entidad la CARTA **N°003-2023/SCF-I/CEA**, a través de la cual efectuó la siguiente precisión:

“(…)

El 27 de enero de 2021 la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego informa que el PSI actualmente se encuentra en trámite un proceso arbitral con el Consorcio Ejecutor Ayacucho relacionado a las controversias derivadas de la ejecución de la obra, lo cual se encuentra establecido en el artículo N°179 del RLCE, "no se procede a la liquidación de obra mientras existan controversias pendientes de resolver".

En el mes de Julio, el Consorcio cumplió con acreditar el pago faltante de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral, S/. 2,250.00 soles para cada árbitro y el pago pendiente de S/. 2,070.00 soles a favor de CARD.

La Entidad cumplió con precisar acreditar el pago de honorarios arbitrales que le corresponden.

Se está la espera del pronunciamiento del Tribunal Arbitral para la continuación del proceso arbitral.

En tal sentido le agradeceremos nos faciliten la siguiente información de la obra:

- ***Informarnos si el Tribunal Arbitral se pronunció para la continuación del proceso Arbitral.***
 - ***Indicarnos el estado actual en la cual se encuentra dicho proceso arbitral a la fecha.***
 - ***Enviarnos las Resoluciones, notificaciones, orden procesal.***
- (...) [sic]*

- Correo electrónico de fecha 25 de enero de 2023, mediante el cual la entidad respondió el requerimiento de la empresa recurrente efectuado mediante la CARTA N°003-2023/SCF-I/CEA, remitiendo la CARTA Nro 00043-2022-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM, la cual a su vez adjunta el Oficio N°328 -2023-MIDAGRI-PP de fecha 24 de enero de 2023, emitido por la Procuradora Pública del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, la cual señala lo siguiente:

“(...) en respuesta al documento en referencia, el cual contiene el pedido de Acceso a la Información Pública del ciudadano arriba indicado que solicita:

- “- Informarnos si el Tribunal Arbitral se pronunció para la continuación del proceso Arbitral.*
- Indicarnos el estado actual en la cual se encuentra dicho proceso arbitral a la fecha.*
- Enviarnos las Resoluciones, notificaciones, orden procesal.”*

Sobre el particular, debemos precisar que la solicitud en cuestión corresponde a información y documentos de un expediente arbitral en “trámite”, en etapa de fijación de puntos controvertidos, proceso arbitral con el Consorcio Ejecutor Ayacucho referente a la obra "Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Riego de los Sectores Huancasaya – Alpaorccona y Pucaccacca, Pacopata del Distrito de Los Morochucos, Provincia de Cangallo, Ayacucho"; no estamos ante un expediente concluido, por lo que el pedido de información y documentación tiene que evaluarse en el marco de la normativa vigente en materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Arbitrajes con el Estado.

En esa línea, el artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, establece excepciones al ejercicio de este derecho en supuestos de información confidencial, señalando en forma expresa que:

“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.** (Subrayado es nuestro)

En concordancia con la normativa citada, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, regula en su artículo 51° la “confidencialidad” de los procesos arbitrales, señalado lo siguiente:

“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, (...);

3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, **una vez terminadas las actuaciones.**” (Subrayado es nuestro)

En consecuencia, dentro del marco normativo, no procede entregar la información y/o documentación solicitada por tratarse de un expediente arbitral en “trámite”, y por ende encontrarse dentro de las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública en supuestos de información confidencial, asimismo, por la confidencialidad que rige los procesos arbitrales donde participa el Estado, hasta su conclusión.” [sic]

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-JUS⁸, 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

⁸ En adelante, Ley de Transparencia.

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 la recurrente se encuentra protegida por la excepción prevista 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:

“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”. (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).

En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso denieguen el acceso a la información pública solicitado por un ciudadano, constituye deber de las entidades acreditar que dicha información corresponde a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 al 17 de la Ley de Transparencia, debido que poseen la carga de la prueba.

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.

Dicho esto, en el caso de autos, se aprecia que la empresa recurrente requirió a la entidad información relacionada a la obra ***“MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE RIEGO DE LOS SECTORES HUANCASAYA – ALPAORCCONA Y PUCACCACCA, PACOPATA DEL DISTRITO DE LOS MOROCHUCOS, PROVINCIA DE CANGALLO, AYACUCHO”***, específicamente: i) *“Informarnos si el Tribunal Arbitral se pronunció para la continuación del proceso Arbitral”* y ii) *“indicarnos el estado actual en la cual se encuentra dicho proceso arbitral a la fecha.”* No obstante, la entidad no brindó una respuesta al solicitante en el plazo legal ni efectuó sus descargos ante esta instancia.

Sin embargo, a nivel de descargos, la entidad informó a esta instancia que el requerimiento presentado por la empresa recurrente mediante la CARTA N°001-2022/SCF-I/CEA de fecha 17 de octubre de 2022, fue observado, requiriendo a la referida empresa que especifique y precise su solicitud en el extremo de: *“que documentos requiere (copia de oficios, memorandos, informes etc) a fin de poder brindar la atención dentro del plazo de ley”*, y al no ser subsanado dicho requerimiento se dio como no recibido, poniendo en conocimiento de dicho acto a la empresa recurrente mediante el correo electrónico de fecha 5 de enero de 2023. Asimismo, respecto del reiterativo del requerimiento realizado por la recurrente mediante la CARTA N°002-2022/SCF-I/CEA, la entidad sostiene que dicha solicitud no fue recepcionada, ni registrada en el Sistema de Trámite Documentario y no se tuvo conocimiento del mismo hasta la presentación de la CARTA N°003-2022/SCF-I/CEA, manifestando que mediante el aludido correo electrónico de fecha 5 de enero de 2023, se requirió a la empresa recurrente que presente el cargo o correo de notificación del registro de la CARTA N°002-2022/SCF-I/CEA, los cuales no han sido presentados. Además, indicó que con

fecha 5 de enero de 2023, a horas 12:21, la empresa recurrente presentó la CARTA N°003-2022/SCF-I/CEA, reiterando su requerimiento, siendo que mediante el correo electrónico de la misma fecha, se precisó a la empresa recurrente respecto del estado de sus dos (2) primeras cartas señaladas anteriormente.

Finalmente, manifestó que en la misma fecha, a horas 17:40, la empresa recurrente presentó una nueva CARTA N°003-2022/SCF-I/CEA, mediante la cual solicita: 1. “*Informarnos si el Tribunal Arbitral se pronunció para la continuación del proceso Arbitral*”; 2. “*Indicarnos el estado actual en la cual se encuentra dicho proceso arbitral a la fecha*”; y, 3. “*Enviarnos las Resoluciones, notificaciones, orden procesal.*” (Subrayado agregado), la cual la entidad considera como una precisión de su pedido de información efectuado mediante Carta N° 001-2022/SCF-I/CEA; en esa línea, la entidad señala que dicho requerimiento fue atendido mediante la CARTA Nro 00043-2022-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM, notificada mediante el correo electrónico de fecha 25 de enero de 2023.

Siendo ello así, corresponde determinar si la atención efectuada por la entidad es conforme a la normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública.

En primer lugar, cabe señalar que la entidad sostiene que mediante el correo electrónico de fecha 18 de octubre de 2022, el requerimiento primigenio del recurrente fue observado, requiriéndole que precise y especifique el mismo. Asimismo, la entidad indica que mediante la CARTA Nro 00043-2022-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM, notificada mediante el correo electrónico de fecha 25 de enero de 2023, la entidad atendió la solicitud de la empresa recurrente efectuada mediante Carta N° 001-2022/SCF-I/CEA, la cual habría sido precisada mediante la nueva CARTA N°003-2022/SCF-I/CEA; sin embargo, no obran las respuestas de recepción del administrado o una constancia de recepción automática de los correos del 18 de octubre de 2022 ni del 25 de enero de 2023, por lo cual no se tiene certeza de su recepción por parte de la empresa recurrente; y, en consecuencia, la entidad no ha acreditado ante esta instancia el cumplimiento de su obligación de brindar una respuesta a la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente, conforme lo exige el segundo párrafo del numeral 20.4⁹ del artículo 20 de la Ley N° 27444, para dar por válida la notificación de un acto administrativo efectuado por correo electrónico.

Asimismo, es importante resaltar que mediante Carta N° 001-2022/SCF-I/CEA de fecha 17 de octubre de 2022 la empresa recurrente solicitó a la entidad los ítems 1 y 2 detallados precedentemente y mediante la nueva CARTA N°003-2022/SCF-I/CEA de fecha 5 de enero de 2023, la empresa recurrente presentó un escrito señalando que reiteraba su solicitud pero requiriendo de manera adicional el **ítem 3** consistente en: “*Enviarnos las Resoluciones, notificaciones, orden procesal*”; en ese sentido, este último requerimiento, que no ha sido mencionado expresamente en la solicitud primigenia de acceso a la información pública de fecha 17 de octubre de 2022, a criterio de este colegiado, no constituye una precisión sino un nuevo requerimiento, por lo que no corresponde pronunciarnos al respecto, resultando improcedente dicho extremo.

⁹ El aludido segundo párrafo del numeral 20.4 del artículo 20 de la Ley N° 27444 establece lo siguiente: “La notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando la entidad reciba la respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado o esta sea generada en forma automática por una plataforma tecnológica o sistema informático que garantice que la notificación ha sido efectuada. La notificación surte efectos el día que conste haber sido recibida, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 25” (subrayado agregado).

En segundo lugar, sin perjuicio que la entidad no ha acreditado ante esta instancia haber efectuado la notificación válida de la CARTA Nro 00043-2022-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM mediante la cual sostiene haber atendido la solicitud de la empresa recurrente, de autos se aprecia que mediante dicha comunicación la entidad afirma que la información requerida tiene carácter confidencial de conformidad con el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Al respecto, en relación al argumento brindado por la entidad para denegar la entrega de la información solicitada por la 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, 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, mediante la mencionada CARTA Nro 00043-2022-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM, la entidad también alegó lo señalado por el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje¹⁰, para denegar el acceso a la información requerida, precisando que la información requerida corresponde a información y documentos de un expediente arbitral en “trámite”, en etapa de fijación de puntos controvertidos, proceso arbitral con el Consorcio Ejecutor Ayacucho referente a la obra *"Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Riego de los Sectores Huancasaya – Alpaorconca y Pucaccacca, Pacopata del Distrito de Los Morochucos, Provincia de Cangallo, Ayacucho"*.

En atención a ello, es pertinente señalar que el aludido artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, 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*

¹⁰ En adelante, Decreto Legislativo N° 1071.

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.

En esa línea, en lo correspondiente al **ítem 1** del requerimiento, a criterio de esta instancia, se aprecia que la empresa recurrente no viene requiriendo actuaciones arbitrales, sino únicamente se le informe si el Tribunal Arbitral se pronunció para la continuación del proceso arbitral relacionado a la obra **"MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE RIEGO DE LOS SECTORES HUANCASAYA – ALPAORCCONA Y PUCACCACCA, PACOPATA DEL DISTRITO DE LOS MOROCHUCOS, PROVINCIA DE CANGALLO, AYACUCHO"**, información que tiene una naturaleza eminentemente pública.

Sobre el particular, en la medida que la empresa recurrente ha solicitado se le informe si el Tribunal Arbitral se pronunció para la continuación del proceso arbitral, es preciso destacar lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03598-2011-PHD/TC, en el cual ha señalado que se encuentra perfectamente amparado por el derecho de acceso a la información pública la entrega de un documento, en el cual conste la información específicamente requerida, extrayéndola de otra fuente y citando la misma, a efectos de brindar atención a la solicitud de los ciudadanos:

"6. Por otra parte, el artículo 13 de la Ley 27806, en su tercer párrafo dispone lo siguiente: "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 este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada. Esta Ley tampoco permite que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean.

Sobre esto último, cabe precisar que la Administración Pública excepcionalmente puede dar respuesta a los pedidos de información pública a través de la elaboración de documentos que consignen la información solicitada citando su origen, sin emitir valoraciones ni juicios sobre el contenido del pedido, sin que ello suponga la creación de la información solicitada, ni contravención alguna al artículo 13 de la Ley 27806" (subrayado agregado).

Es decir, el pedido de un informe sobre la continuación del proceso arbitral, no debe interpretarse como un análisis o creación de información, sino que debe atenderse con cualquier documentación en la que se encuentre contenido los datos sobre dicho pedido o mediante un documento en el cual se plasmen dichos datos extrayéndolos de otras fuentes.

De otro lado, respecto del **ítem 2** del requerimiento, se aprecia de autos que la entidad mediante la CARTA Nro 00043-2022-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM, que adjunta el Oficio N°328 -2023-MIDAGRI-PP, emitido por la Procuradora Pública del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, comunica expresamente que

el proceso arbitral referente a la obra "*Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Riego de los Sectores Huancasaya – Alpaorccona y Pucaccacca, Pacopata del Distrito de Los Morochucos, Provincia de Cangallo, Ayacucho*", se encuentra en **trámite**, específicamente en la **etapa de fijación de puntos controvertidos**; no obstante, conforme se precisó en párrafos precedentes, la entidad no cumplió con notificar debidamente la CARTA Nro 00043-2022-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM a la empresa recurrente.

En consecuencia, corresponde estimar el presente recurso de apelación en el extremo de lo requerido en los ítems 1 y 2, y ordenar a la entidad la entrega de la información pública solicitada a la empresa recurrente, comunicándole válidamente la respuesta, conforme los argumentos expuestos en la presente resolución.

Finalmente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 30 y 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 EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por **MEGAFLEX PERU S.A.C.**, representada por Jose Luis Cornejo Saravia en calidad de Gerente General, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública y; en consecuencia, **ORDENAR** al **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES - PSI** que entregue la información pública solicitada a la empresa recurrente en el extremo de lo requerido en los **ítems 1 y 2** de la solicitud, conforme los argumentos expuestos en la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, de acuerdo 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 **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – PSI** a efectos de que en un plazo máximo de siete (7) días hábiles acredite la entrega de dicha información a **MEGAFLEX PERU S.A.C**

Artículo 3.- DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación interpuesto por **MEGAFLEX PERU S.A.C.** en el extremo relacionado al ítem 3, conforme a los argumentos expuestos en la presente resolución.

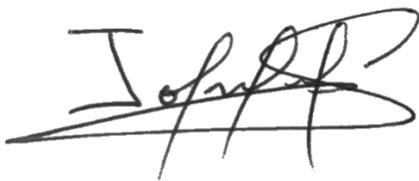
Artículo 4.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 5.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MEGAFLEX PERU S.A.C** y al **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – PSI**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

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



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal Presidente



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal



VANESA VERA MUENTE
Vocal

vp: vvm