



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 000549-2023/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 00240-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **MARIA DEL PILAR RÁZURI ZÁRATE**
Entidad : **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA -
PROINVERSION**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 17 de febrero de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 00240-2023-JUS/TTAIP de fecha 27 de enero de 2023, interpuesto por **MARIA DEL PILAR RÁZURI ZÁRATE** contra el correo electrónico de fecha 6 de enero de 2023, por el cual la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSION** denegó su solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 21 de diciembre de 2022 con Registro E012207907.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 21 de diciembre de 2022, la recurrente solicitó a la entidad la remisión por correo electrónico de la siguiente información:

“COPIA DEL ENTREGABLE DE LA CONSULTORÍA REALIZADA POR CONSULTOR TÉCNICO MOTT MACDONALD LIMITED OF MOTT MACDONALD HOUSE: ENTREGABLE 4: (EVALUACIÓN) DEL INFORME DEL CONSULTOR, PARA LA FORMULACIÓN DEL ESTUDIO DE PREINVERSIÓN-ETAPA I DEL PROYECTO SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE DE GAS-ZONA SUR DEL PERÚ”.

Mediante el correo electrónico de fecha 6 de enero de 2023, la entidad indicó a la recurrente lo siguiente:

“En atención a su solicitud ingresada a nuestra Institución en el marco de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Expediente N° E012207907); le indicamos que en un (1) archivo electrónico pdf se adjunta el Informe No. 01-2023/DEP.07, el mismo que explica la clasificación de carácter confidencial de la información de su interés.”

Además, consta en autos el Memorandum N° 001-2023/DEP.07 de fecha 6 de enero de 2023, emitido por la Dirección del Proyecto Sistema Integrado de Transporte de Gas – Zona Sur del Perú, que refiere:

“(...)

b) Considerando que la comunicación citada se refiere al proyecto “Sistema Integrado de Transporte de Gas-Zona Sur del Perú” (en adelante proyecto SITGAS), se debe tener presente que el literal 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información, aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 021-2019-JUS, dispone que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de “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, (...)”

Al respecto, a la fecha, el proyecto SITGAS se encuentra en la fase de formulación, en el marco del Invierte.pe, no habiéndose culminado la elaboración del estudio, por lo que la entidad pública titular de este proyecto aún no ha tomado una decisión respecto a lo que se va a realizar. Es más, solo se ha culminado la Etapa I de la formulación del estudio de preinversión, quedando pendiente la ejecución de los Estudios de la Etapa II que, hasta el momento, aún no han sido contratados.

Así, la normativa vigente del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada exige contar con los estudios que sustenten que, en el marco del Invierte.pe, el proyecto es socialmente rentable, sostenible y concordante con los lineamientos de política establecida por las autoridades correspondientes, ya que estos criterios sustentan su declaración de viabilidad como proyecto de inversión, a fin de poder determinar la procedencia o no, por parte del Estado, en la asignación de recursos para su implementación. Por tanto, no es posible que el Estado pueda tomar una decisión respecto a dicho proyecto, en la medida que no se ha culminado la elaboración de los estudios, por lo que la información del proyecto “Sistema Integrado de Transporte de Gas-Zona Sur del Perú” se encontraría sujeta a dicha disposición.

Adicionalmente, a la fecha, existen procesos arbitrales en contra del Estado peruano que guardan relación con el proyecto. Por tanto, entregar la información generaría un perjuicio al Estado peruano, al vulnerar su actuar y su estrategia de defensa.

En conclusión, en la información solicitada se abordan temas que están siendo materia de controversias internacionales y, además, corresponde a un estudio contratado por el Estado en el marco de un proceso deliberativo para la toma de decisiones que aún no ha concluido; por tanto, no es posible entregar la información solicitada por la ciudadana Rázuri Zárate María del Pilar.”

Con fecha 27 de enero de 2023, la recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis contra la referida comunicación alegando que la entidad no acreditó el daño de la revelación de lo solicitado a la toma de decisión de gobierno, además que contiene información pública como estimaciones y conclusiones técnicas sobre la masificación de gas natural en el Perú.

Mediante la RESOLUCIÓN N° 000393-2023/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA de fecha 3 de febrero de 2023, notificada a la entidad el 9 de febrero del mismo año, esta instancia le requirió el expediente administrativo correspondiente y la formulación de sus descargos.

Mediante el escrito s/n de fecha 15 de febrero de 2023, la entidad indicó a esta instancia lo siguiente:

“II. SUSTENTO NORMATIVO DE LA DENEGATORIA DE ENTREGA DE INFORMACIÓN

2.1. Considerando que se había informado a la solicitante que, conforme al numeral 1 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la

Información Pública, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, “El derecho a la Información pública no podrá ser ejercido respecto de la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de decisión de gobierno [...]”, el sustento para la denegatoria se encuentra en dicha norma.

Al respecto debemos señalar que el Informe solicitado por la apelante, el cual contiene opiniones y recomendaciones que forman parte de un proceso deliberativo que todavía no ha concluido con una decisión, es razón suficiente para que la excepción a que se refiere el numeral 1 del artículo 17 mencionado sea aplicable al presente caso.

2.2. El que precisamente la propia solicitante haya señalado en su escrito, página 7, que la Constitución Política del Perú en su artículo 2 inciso 5, al regular el acceso a la información, reconoce que existen tres excepciones, que son las siguientes: a) la intimidad personal, b) la seguridad nacional y c) las expresamente excluidas por ley, es un reconocimiento que la propia ley (Ley N° 27806) contiene como excepción a la calidad de pública a “los consejos, recomendaciones u opiniones como parte de un proceso deliberativo para la toma de decisiones”; en ese sentido, en tanto la decisión no haya sido tomada la citada excepción es válida y está amparada constitucionalmente; es decir, existe una ley con amparo constitucional que nos da el derecho a negar la información solicitada.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

3.1. La solicitante, sin conocer el contenido del Informe N° 4 que solicita, está aseverando que el mismo sirvió de base para que una Comisión Multilateral, de carácter temporal, emita un informe con recomendaciones sobre cómo ampliar las reservas de gas natural y fortalecer la industria de hidrocarburos para la masificación a nivel nacional, sin considerar que el proyecto SITGAS solo trata la masificación de gas natural de la región sur del país; por tanto, los objetivos y el alcance de la labor de la Comisión Multisectorial a que alude la solicitante no son los mismos. En adición a ello el proyecto SITGAS es dependiente de la producción de gas que proviene de la región sur únicamente.

3.2. Cabe agregar que lo que la citada Comisión Multisectorial formuló fueron recomendaciones respecto de las cuales se desconoce que se haya tomado alguna decisión por parte de los entes estatales a cargo de la decisión que pudiere corresponder.

3.3. Uno de los principales argumentos señalados por la solicitante para su solicitud de información fue que en el Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial (integrada únicamente por funcionarios del Estado) se hace referencia al Informe 4. Al respecto, cabe señalar que el hecho de que el referido informe haya sido mencionado en el Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial, que fue publicado para comentarios, no hace que el Informe sea público, lo que se publicó es el informe de la citada Comisión, que no es lo mismo y por tanto ello no genera la obligación de hacerlo público, pues el Entregable 4 de la Consultoría realizada por el Consultor Técnico Mott MacDonald Limited tiene una finalidad distinta a la del Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial. En efecto, como se señaló en el Memorandum Nro. 1-2023/DEP.07, el referido entregable forma parte de la Etapa I de la fase formulación del estudio de Preinversión del proyecto Sistema Integrado de Transporte de Gas - Zona Sur del Perú en el marco del Invierte.pe, que exige contar con estudios que sustenten que el proyecto es socialmente rentable, sostenible y concordante con los lineamientos de política establecida por las autoridades correspondientes, criterios que sustentan la declaración de viabilidad de los proyectos de inversión, a fin de poder determinar su procedencia o no, por parte del Estado.

3.4. De otro lado, el argumento que formula la solicitante consistente en que los procesos arbitrales no tienen vinculación con el proyecto SITGAS, es falso, lo cual se acredita con el Oficio N° 439-2021-EF-32, adjunto como Anexo al presente,

mediante el cual el Sistema de Controversia Internacionales de Inversión- en adelante SINCRESI, que tiene a su cargo la defensa del Estado en procesos arbitrales vinculados a los temas de gas, ha requerido a PROINVERSIÓN, entre otros, el informe 4 emitido por Mott Mac Donald materia de solicitud, para que sea utilizado como estrategia de defensa del Estado en los mismos; por tanto, el hacer público el informe solicitado por la apelante traería como consecuencia un grave daño a la estrategia de defensa que el Estado ésta ejerciendo sobre esta materia en los procesos arbitrales.

Se adjunta el Informe N° 1-2023/DEP.07, en donde se precisa la actuación que ha tenido que ejecutar la entidad para cumplir con el pedido de SINCRESI e indica el estado de situación del proceso del Proyecto SITGAS, señalando además que sobre el Informe 4 no se ha tomado decisión alguna como PROINVERSIÓN. Adicionalmente se sustentan las razones de ello.

3.5. El hecho que haya una publicación periodística, que tenga como fuente el MINEM y el MEF, no implica que el contenido de lo publicado está referido al contenido del Informe 4 solicitado, suponerlo constituye una falacia que no puede ser sustentada por la solicitante.

IV. CONCLUSIÓN

Al respecto nuestra entidad solicita al TRIBUNAL considere los argumentos presentados y evalúe adicionalmente la documentación que se anexa al presente recurso y, en virtud a ello, deniegue la apelación presentada.

Por lo expuesto, dando respuesta al recurso de apelación presentado debemos señalar que nuestra entidad ha cumplido con la ley al precisar a la solicitante las razones de la denegatoria.”

A su vez, consta en autos el OFICIO N° 439-2021-EF/32 de fecha 24 de noviembre de 2022, emitido por la Comisión Especial - Ley N° 28933 y dirigido a la entidad, por el cual solicita: “Cualquier documento, incluyendo informes o estudios emitidos por Mott MacDonald relacionados con la Proyecto SIT Gas desde abril de 2018”, “a fin de salvaguardar la estrategia de defensa legal del Estado peruano en el arbitraje internacional”.

Además, se observa el Informe N° 1-2023/DEP.07 de fecha 14 de febrero de 2023, que indica:

“II. ANALISIS

2.1. Sobre lo establecido en la norma

Conforme se ha señalado en el Memorando Nro. 1-2023/DEP.07, el numeral 1 del artículo 17 del TUO de la Ley Nro. 27806, aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 21-2019-JUS, establece como una de las excepciones a la entrega de la información solicitada en el marco de la Ley de Transparencia “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”.

Al respecto, conforme se señala en dicho documento, la información solicitada tiene ese carácter en la medida que:

a. A la fecha, el proyecto SITGAS se encuentra en la fase de formulación, en el marco del Invierte.pe, no habiéndose culminado la elaboración del estudio, por lo que la entidad pública titular de este proyecto aún no ha tomado una decisión respecto a lo que se va a realizar. Es más, solo se ha culminado la Etapa I de la fase de formulación del Estudio de Preinversión, quedando pendiente la ejecución de los Estudios de la Etapa II que, hasta el momento, aún no han sido contratados.

b. Así, la normativa vigente del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada exige contar con los estudios que sustenten que, en el marco del *Invierte.pe*, el proyecto es socialmente rentable, sostenible y concordante con los lineamientos de política establecida por las autoridades correspondientes, ya que estos criterios sustentan su declaración de viabilidad como proyecto de inversión, a fin de poder determinar la procedencia o no, por parte del Estado, en la asignación de recursos para su implementación.

Respecto del proyecto SITGAS, sólo se ha culminado la Etapa I para la fase de formulación del Estudio de Preinversión, estando pendiente realizar los estudios correspondientes a la Etapa II bajo el marco de la normativa del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, *Invierte.pe*. Posteriormente, en caso se declare su viabilidad, el proyecto SITGAS deberá ser evaluado bajo la normativa del del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada; por lo tanto, se demuestra que el Estado aún no ha tomado decisiones sobre el citado proyecto, por lo que la información de los estudios existentes a la fecha, está comprendida en el numeral 1 del artículo 17 del TUO de la Ley Nro. 27806, aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 21-2019-JUS.

c. Adicionalmente, a la fecha, existen procesos arbitrales en contra del Estado peruano que guardan relación con el proyecto. Por tanto, entregar la información generaría un perjuicio al Estado peruano, al vulnerar su actuar y su estrategia de defensa y el informe solicitado fue entregado al Sistema de Controversia Internacionales de Inversión, SICRESI (mediante Oficio N° 439-2021-EF/32 de fecha 24 de noviembre de 2021) entidad que se encuentra a cargo de la defensa del Estado peruano en los procesos arbitrales, quien ha solicitado bajo un marco de confidencialidad, la información solicitada por la Recurrente (la misma que forma parte de la etapa I de la fase de formulación del Estudio de Preinversión del proyecto SITGAS). Publicitar la información solicitada por la Recurrente, por lo tanto, debilitaría la defensa del Estado respecto a procesos arbitrales que actualmente se encuentran en proceso.

d. En conclusión, en la información solicitada se abordan temas que están siendo materia de controversias internacionales y, además, corresponde a un estudio contratado por el Estado en el marco de un proceso deliberativo para la toma de decisiones que aún no ha concluido.

2.2. Error en la concepción de que la información solicitada es pública porque forma parte del análisis de la Comisión Multisectorial creada por Resolución Suprema Nro. 181-2021-PCM

Ello es un hecho fáctico no probado porque PROINVERSIÓN no ha entregado la información solicitada por la Recurrente a la citada comisión, por tanto, que el Informe Final emitido por de la comisión sea o no público, no afecta la situación de confidencialidad del informe en poder de PROINVERSIÓN.

2.3. En cuanto al derecho fundamental que viene siendo vulnerado.

La Recurrente señala que en el Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial (integrada por funcionarios del Estado), creada mediante Resolución Suprema N° 108-2021-PCM publicado para comentarios, se emiten conclusiones y recomendaciones sobre la base del Entregable 4 de la Consultoría realizada por el Consultor Técnico Mott MacDonald Limited. Sobre este punto en particular, es importante mencionar que, como lo señala la Recurrente, en el Informe Final emitido por la Comisión se hace referencia a diversos documentos que no son de acceso público (entre ellos en Entregable 4 antes referido), por lo que no se entiende cómo se puede afirmar que este entregable, del cual la Recurrente no conoce su contenido, ha servido de base para las conclusiones y recomendaciones del Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial.

Uno de los principales argumentos señalados por la Recurrente para su solicitud de información es que en el Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial se hace referencia al Informe solicitado, por lo que no acceder a la

información solicitada dificultó el análisis del informe y las recomendaciones que la Recurrente podía remitir sobre el mismo en el plazo otorgado para ello (desde el viernes 21 de enero de 2022 por la noche que se publicó hasta el 25 de enero de 2022).

Como se puede apreciar, el plazo para remitir comentarios al Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial venció 11 meses antes que la solicitud de información material de apelación (la solicitud fue presentada con fecha 27 de diciembre de 2022), por lo que no puede alegarse que el no acceder de la información solicitada dificulta o limita el análisis de dicho informe y las recomendaciones que la Recurrente podía remitir sobre el mismo.

En relación con lo señalado en el párrafo precedente, cabe señalar que el hecho que la información solicitada haya sido mencionada en el Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial que fue publicado para comentarios no hace que sea pública, o que ello genera la obligación de hacerla pública. Menos aun cuando el Entregable 4 de la Consultoría realizada por el Consultor Técnico Mott MacDonald Limited tiene una finalidad distinta a la del Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial. En efecto, como se señaló en el Memorándum Nro. 1-2023/DEP.07, el referido entregable forma parte de la Etapa I de la fase formulación del estudio de preinversión del proyecto Sistema Integrado de Transporte de Gas - Zona Sur del Perú en el marco del Invierte.pe, que exige contar con estudios que sustenten que el proyecto es socialmente rentable, sostenible y concordante con los lineamientos de política establecida por las autoridades correspondientes, criterios que sustentan la declaración de viabilidad de los proyectos de inversión, a fin de poder determinar su procedencia o no, por parte del Estado.

Por lo tanto, la excepción expresa está contenida en el artículo 17 del Decreto Supremo Nro. 021-2019-JUS que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27806, Ley de Transparencia y acceso a la información, la cual la Recurrente omite. Dicho artículo dispone que “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”.

2.4. Con relación a las excepciones previstas en la Ley La Recurrente señala que su solicitud no se encuentra comprendida dentro de los supuestos normativos de los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley 27806.

A la Recurrente le ha sido informado, mediante Memorando Nro. 1-2023/DEP.07, lo siguiente

(...)

Es decir, a la Recurrente se le informó que la formulación del Estudio de Preinversión del proyecto aún no ha culminado, por lo que el Estado aún no ha tomado una decisión sobre el proyecto SITGAS, y pretende desconocer lo establecido en el artículo 17 Numeral 1 del TUO de la Ley Nro. 27806.

Además, desconoce lo establecido en el Informe Final de la Comisión Multisectorial, que en su Informe Final cita el título “propuestas” sobre las cuales el Ministerio de Energía y Minas, receptor del Informe Final, aún no concluye con la toma de decisiones.

2.5. En cuanto al daño que se produciría con la entrega de la información La Recurrente indica lo siguiente:

Sin embargo, este aspecto es soslayado en muchos casos por la administración pública, vulnerando los preceptos legales mencionados, mostrando resistencia a otorgar la información solicitada, siendo uno de los argumentos para no brindar dicha información, la interpretación extensiva de las excepciones del derecho de acceso a la información, como ha ocurrido con la indebida aplicación del inciso 1° del artículo 17 de la Ley mediante el cual se pretende impedir que tomemos conocimiento del Estudio de Preinversión del Proyecto SITGAS a cargo de Mott MacDonald Limited.

En el presente caso, ni en el contenido del correo remitido ni en el Memorándum N° 001-2023/DEP.07 del Director de Proyectos de PROINVERSIÓN, se ha acreditado que con la entrega de la información se vaya a incurrir en algún daño real o potencial, aún más cuando el documento solicitado, ha servido de sustento al Informe de la Comisión Multisectorial, el

De otro lado, el Informe Mott MacDonald, incluso ha sido objeto de publicaciones periodísticas:

14 País Economía www.larepublica.pe La República
Martes, 25 de octubre del 2023

SIT Gas: el trazo para la demanda de gas natural que deberá confirmarse en 2023

Objetivo del proyecto: Asegurar el gas natural a la población de las regiones del sur del Perú, así como a los centros turísticos del todo energético del sur.

Beneficios:

- Fuerte aporte de energía en el sistema de transporte de gas y LUG que representará 3.679 a 3.438 MW USG/mh.
- Aporte de energía de 2.833 MW USG/mh, equivalente a 20,2% del total de energía eléctrica que se producirá en el país.
- Asegurar una demanda de aproximadamente 100.000 hogares.

Regiones beneficiarias: Cusco, Apurímac, Puno, Arequipa, Moquegua y Tacna.

Debe estar en 2026 Javier Guillén, ingeniero de Gas y Minas, sector gasífero APP, es la mejor opción, pues garantiza que el estudio de factibilidad del SIT Gas esté concluido.

SIT Gas: una promesa cuya ejecución se espera en 2026

SIT Gas cronograma para la determinación de demanda y nuevo trazo

- Año 2022**
Julio: Estudio concluido a la Etapa I del estudio de preinversión.
- Determinación de la demanda en gas natural.
- Definición preliminar de la traza de la alternativa seleccionada en la etapa I del estudio de preinversión.
- Año 2023**
Enero: Estudio de preinversión y declaración de viabilidad en curso.
- Incorporación del proyecto a la agenda de priorización de la ENL.
- Aprobación de IAC por parte del MTC con preinversión.

Mott anticipó además en el estudio de preinversión que se necesitan 4.850 millones de dólares para el SIT Gas durante los próximos años.

Línea 3 del tren eléctrico tendría una inversión estimada de S/23.336 millones

El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) aprobó el Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad (PNIC) 2022-2025, el cual contempla 73 proyectos. Del monto total de inversión que asciende a S/146.422 millones, el PNIC contempla la línea 3 del tren eléctrico de demanda una inversión de S/23.336 millones. Esta infraestructura permitirá reducir el problema de desplazamiento de noche a un área de 12 distritos de Lima, el cual representa el 10% del total de la población de la ciudad.

La Recurrente infiere que el Informe de Mott Mac Donald ha sido objeto de publicaciones periodísticas, pero en dichas publicaciones no se ha hecho “pública” la información contenida en el estudio. Es más, si eso fuera así, la recurrente no necesitaría solicitar la información, porque ya la tendría en su poder.

Como ha sido informado a la Recurrente, Mott MacDonald Limited ha culminado la Etapa I de la fase formulación del Estudio de Preinversión, más no se ha realizado aun la Etapa II, por lo que la información correspondiente a la fase de formulación aún no está completa y, por lo tanto, no es posible que el Estado tome una decisión sobre la misma.

Asimismo, la publicación expuesta por la Recurrente muestra en la imagen que la fuente indica MINEM, MEF, no indica que la fuente de dicha publicación corresponda a la etapa I del Estudio de Preinversión, confirmando el hecho que aún no se ha tomado una decisión sobre el proyecto en base al Informe de Mott MacDonald, y que la información no se ha publicado.

2.6. En cuanto a la excepción alegada por PROINVERSIÓN

A la fecha, existen procesos arbitrales en contra del Estado peruano que guardan relación con el proyecto. Por tanto, entregar la información generaría un perjuicio al

Estado peruano, al vulnerar su actuar y su estrategia de defensa y el informe solicitado fue entregado al Sistema de Controversia Internacionales de Inversión, SICRESI (mediante Oficio N° 439-2021-EF/32 de fecha 24 de noviembre de 2021) entidad que se encuentra a cargo de la defensa del Estado peruano en los procesos arbitrales, quien ha solicitado bajo un marco de confidencialidad, la información solicitada por la recurrente (la misma que forma parte de la etapa I de la fase de formulación del Estudio de Preinversión del proyecto SITGAS)..

Como ejemplo y para ilustración del Tribunal, se adjunta uno de los Oficios remitidos por el SICRESI a Proinversión solicitando la información sobre los estudios de la Etapa I de la Formulación del Estudio de Preinversión del proyecto SITGAS.

III. EN RESUMEN

Esta Dirección de Proyecto se mantiene en la posición de que la información solicitada por la Recurrente se encuentra comprendida en los alcances el literal 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información, aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 021-2019-JUS, debido a lo siguiente:

a) El Informe 4 solicitado por la Recurrente, solo es una parte de los estudios que corresponden a la fase de formulación bajo el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, Invierte.pe. Al respecto, de acuerdo con los Contenidos Mínimos Específicos (CME) del proyecto, este ha sido dividido en 2 etapas, siendo el estudio elaborado por Mott MacDonald Limited la parte preliminar, sin que se haya llegado a una posición que permita a la entidad pública titular del proyecto (en este caso, el Ministerio de Energía y Minas) tomar una decisión respecto del mismo bajo el marco de la normativa del Invierte.pe. Adicionalmente, aún está pendiente que PROINVERSIÓN como entidad promotora de la inversión privada también tome una decisión sobre el proyecto SITGAS,

b) El informe 4 solicitado está relacionado con procesos arbitrales confidenciales, en los cuales el Estado peruano es parte, y hacer público dicho informe, entregado al Sistema de Controversia Internacionales de Inversión, SICRESI (mediante Oficio N° 439-2021-EF/32 de fecha 24 de noviembre de 2021) entidad que se encuentra a cargo de la defensa del Estado peruano en los procesos arbitrales, genera un impacto negativo en la estrategia de defensa del Estado peruano en dichos procesos.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

a. La documentación solicitada por la Recurrente se encuentra comprendida en los alcances el literal 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información.

b. Se remite el sustento requerido por el Tribunal, para los fines pertinentes.”

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-JUS¹, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación

¹ En adelante, Ley de Transparencia.

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.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental, precisando que no pueden establecerse excepciones a dicho derecho por una norma de menor jerarquía a la ley.

En ese sentido, el numeral 1 del artículo 17 de la referida norma señala que dicho derecho no podrá ser ejercido respecto a 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.

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM², señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base a razones de hecho y a las excepciones respectivas contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1. Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la entidad atendió la solicitud de la recurrente conforme a ley.

2.2. Evaluación de la materia en discusión

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

En dicho contexto, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración Pública, salvo las limitaciones expresamente indicadas en la ley.

² En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que *“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”*.

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

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

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

En el caso de autos se aprecia que, la recurrente solicitó a la entidad la remisión por correo electrónico de: *“copia del entregable de la consultoría realizada por consultor técnico Mott Macdonald Limited of Mott Macdonald House: entregable 4: (evaluación) del informe del consultor, para la formulación del Estudio de Preinversión-Etapa I del Proyecto Sistema Integrado De Transporte De Gas-Zona Sur del Perú”*, y la entidad denegó dicho pedido alegando que tiene carácter confidencial conforme al numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, añadiendo que lo requerido se relaciona con procesos arbitrales en trámite que tiene el Estado peruano. Ante ello, la recurrente presentó ante esta instancia su recurso de apelación. Además, en sus descargos la entidad ratificó la denegatoria antes descrita y agregó que su divulgación también afectaría la estrategia del Estado en un arbitraje internacional.

En dicho contexto, corresponde determinar si la respuesta brindada por la entidad es conforme a la normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública.

Al respecto, la excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia señala:

“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” (subrayado agregado).

Así, la Ley de Transparencia establece 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.

Sobre el particular, 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).

Respecto a la referida excepción, cabe señalar que, según Úrsula Indacochea, esta tiene como propósito *“(…) proteger la calidad de las decisiones gubernamentales, permitiendo que los funcionarios puedan hacer un libre intercambio de ideas y comentarios y plasmarlos en documentos preliminares,*

y que puedan explorar en debates internos las distintas alternativas de actuación sin miedo al escrutinio público (...)”³ (subrayado agregado).

Asimismo, respecto al concepto de decisiones gubernamentales Cassagne señaló:

“(...) la denominada función política o de gobierno, [está] referida a la actividad de los órganos superiores del Estado en las relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones que organiza la Constitución y a la actuación de dichos órganos como representantes de la nación en el ámbito internacional.(...) Con un sentido similar la función de gobierno ha sido caracterizada como aquella actividad de los órganos del Estado, supremos en la esfera de sus competencias, que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad o paz (...)”⁴ (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, pero únicamente respecto de la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones previos a la emisión de una decisión de gobierno.

De allí que, dentro del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, aparte de la información protegida conforme a los fundamentos antes expuestos, también existe información que es de naturaleza pública y puede ser entregada en el marco del derecho de acceso a la información pública.

En dicho contexto, para la configuración de esta causal de excepción es necesario que la entidad motive, en primer lugar, que la decisión a adoptarse tiene la característica de una decisión de gobierno, pues la misma no aplica a cualquier tipo de decisión. Y es que, conforme al artículo 10 de la Ley de Transparencia, en el caso de las decisiones administrativas, por ejemplo, la información que las sustenta tiene naturaleza pública. Al respecto, la entidad no ha brindado fundamentación alguna sobre las razones por las cuales la decisión sobre la viabilidad del Proyecto, como decisión a adoptarse previa a su ejecución, constituya una decisión de gobierno, esto es, no ha sustentado adecuadamente que la información solicitada se encuentre protegida por la excepción invocada.

En dicha línea, es preciso indicar más bien que el Proyecto Sistema Integrado de Transporte de Gas – Zona Sur del Perú (SITGAS), ha sido incorporado en el Informe Multianual de Inversiones en Asociación Público Privadas 2017 aprobado por Resolución Ministerial N° 078-2017-MEM/DM, por lo que el mismo se rige también bajo el ámbito del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Conforme al artículo 11

³ INDACOCHEA, Úrsula. “La protección de las deliberaciones previas a una decisión de gobierno en la administración pública (parte I)”. En Suma Ciudadana. Disponible en: <https://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/02/la-proteccion-de-las-deliberaciones-previas-a-una-decision-de-gobierno-en-la-administracion-publica-parte-i/>. Consulta: 17 de febrero de 2023.

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho administrativo”. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, página 119.

de dicha norma las entidades que tienen a su cargo la aprobación, opinión, conducción, ejecución, supervisión y fiscalización de cualquiera de las fases desarrolladas en dicha norma concretizan dichos actos en decisiones administrativas, debidamente sustentadas, conforme al siguiente texto:

“Las entidades públicas que tienen a su cargo la aprobación, opinión, conducción, ejecución, supervisión y fiscalización, en cualquiera de las fases de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, están facultadas para actuar discrecionalmente, en el ámbito de sus competencias, con el fin de optar por la decisión administrativa, debidamente sustentada, que se considere más conveniente en el caso concreto, conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional” (subrayado agregado).

Es decir, en este caso la propia norma de la materia le ha dado a las decisiones adoptadas en el marco del desarrollo de un Proyecto de Inversión en el régimen de Asociación Público Privada la naturaleza de una decisión administrativa, por lo que al mismo se aplica el artículo 10 de la Ley de Transparencia que establece la naturaleza pública de la información que sirve de sustento a la adopción de dicho tipo de decisiones.

En dicha línea, de modo específico el numeral 2 del inciso 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362, establece que el principio de transparencia se aplica a la información generada para la adopción de decisiones en todas las fases vinculadas al desarrollo de un Proyecto bajo el régimen de Asociación Público Privada:

“Artículo 4. Principios

4.1 En todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, se aplican los siguientes principios:

(...)

2. Transparencia: Toda la información cuantitativa y cualitativa que se utilice para la toma de decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de un proyecto llevado a cabo en el marco del presente Decreto Legislativo, es de conocimiento público, bajo el principio de publicidad establecido en el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, con las excepciones previstas en la normativa vigente (subrayado agregado)”.

En el mismo sentido, el literal f) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, bajo cuyo ámbito de aplicación se desarrolla de modo específico el Estudio de Preinversión solicitado, establece como un principio rector del Sistema Administrativo de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, al principio de transparencia, conforme al siguiente texto: *“La gestión de la inversión debe realizarse aplicando mecanismos que promuevan la mayor transparencia y calidad a través de la competencia”* (subrayado agregado).

Adicionalmente a ello, es preciso destacar que el artículo 76 de la Constitución establece que las *“obras y la adquisición de suministros con utilización de*

fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes”.

Sobre esta disposición, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC, señaló que las contrataciones que realiza el Estado con fondos o recursos públicos se rigen por el principio de transparencia:

“(…) garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos” (subrayado agregado).

En consecuencia, teniendo en cuenta que la entidad no ha sustentado debidamente la configuración de la excepción invocada en el presente caso, y que la normativa citada más bien ha otorgado el carácter de decisión administrativa a la que se adopte en el marco de un proyecto desarrollado bajo la modalidad de Asociación Público Privada, dicha información tiene carácter público, conforme también a las normas específicas que recogen la publicidad de la información producida en este tipo de proyectos.

Por otro lado, se aprecia que la entidad refiere que la información requerida fue solicitada mediante OFICIO N° 439-2021-EF/32 como un insumo para elaborar la defensa legal del Estado en un arbitraje internacional, por lo que su divulgación afectaría dicha defensa.

Al respecto, esta instancia aprecia que la entidad no ha invocado alguna causal de excepción relativa a este hecho. No obstante ello, este Tribunal aprecia que el Decreto Legislativo N° 1071 contiene una cláusula de confidencialidad referida a la información que se produce en un proceso arbitral. En efecto, de acuerdo al artículo 51 de dicho texto normativo, dicha confidencialidad se regula de la siguiente manera:

“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” (subrayado agregado).

De acuerdo a esta norma, en el caso de los arbitrajes con el Estado, dicha confidencialidad tiene un límite temporal, determinado por la conclusión del proceso arbitral, y se refiere únicamente respecto a las actuaciones arbitrales.

En el caso de autos, la entidad sin embargo solo ha indicado que mediante el Oficio N° 439-2021-EF-32, el Sistema de Controversia Internacionales de Inversión - SINCRESI, que tiene a su cargo la defensa del Estado en procesos arbitrales vinculados a los temas de gas, ha requerido a la entidad, entre otros, el informe 4 emitido por Mott Mac Donald materia de la solicitud, mas no ha indicado ni acreditado que dicho informe haya sido incorporado como una actuación arbitral al proceso arbitral identificado como Caso CIADI N° ARB/20/4, de modo que dicho documento quede protegido por la confidencialidad invocada por la entidad, pese a que le corresponde a ésta la carga de acreditar dicha circunstancia.

En consecuencia, al no haberse desvirtuado la presunción de publicidad que pesa sobre toda información en poder del Estado, la referida información mantiene su carácter público.

Por tanto, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente, ordenando la entrega de la información pública requerida, o en su defecto, acredite que el documento solicitado ha sido incorporado como una actuación arbitral en el Caso CIADI N° ARB/20/4, conforme a los considerandos expuestos en la presente resolución.

Finalmente, en virtud de lo previsto por el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de abuso de autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses; así como, la aplicación del numeral 111.1 del artículo 111 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto

Supremo N° 004-2019-JUS⁵, con el voto singular de la vocal Vanesa Vera Munte, que se adjunta:

SE RESUELVE:

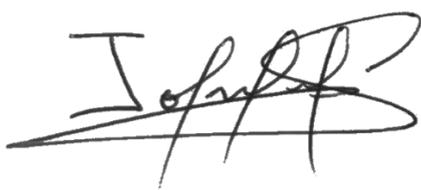
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **MARIA DEL PILAR RAZURI ZARATE**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSION** que entregue a la recurrente la información solicitada, o en su defecto, acredite que el documento solicitado ha sido incorporado como una actuación arbitral en el Caso CIADI N° ARB/20/4, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSION** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de la presente resolución.

Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MARIA DEL PILAR RAZURI ZARATE** y a la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSION** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

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



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal Presidente



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal

vp: fjlf/jmr

⁵ En adelante, Ley N° 27444.

VOTO SINGULAR DE LA VOCAL SILVIA VANESA VERA MUENTE

Con el debido respeto por mis colegas Vocales Titulares de la Segunda Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dentro del marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10-D del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS⁶, debo manifestar que mi voto es porque se declare INFUNDADO el recurso de apelación materia de análisis, discrepando de la resolución en mayoría, conforme a los argumentos que expongo a continuación:

Sobre el particular, es preciso señalar que el Decreto Legislativo N° 1071 establece en su artículo 51 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” (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, dicha 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 incurso en algún otro supuesto contemplado en la Ley de

⁶ **Artículo 10-D.- Funciones de los Vocales**

El vocal tiene las siguientes funciones:

(...)

3) Participar y votar en las sesiones de la Sala que integra; así como, expresar las razones de su voto singular o discrepante.

Transparencia. Es decir, de conformidad con esta norma no basta que la entidad aluda a que la información está vinculada con un proceso arbitral, sino que es preciso que indique si dicho proceso arbitral se encuentra en curso o no, esto es, si se ha expedido o no el laudo.

Con relación a la presente controversia, a través de descargos la entidad indicó -entre otros argumentos- que la información solicitada está referida al Informe 4 emitido por Mott Mac Donald, señalando lo siguiente:

“(…)

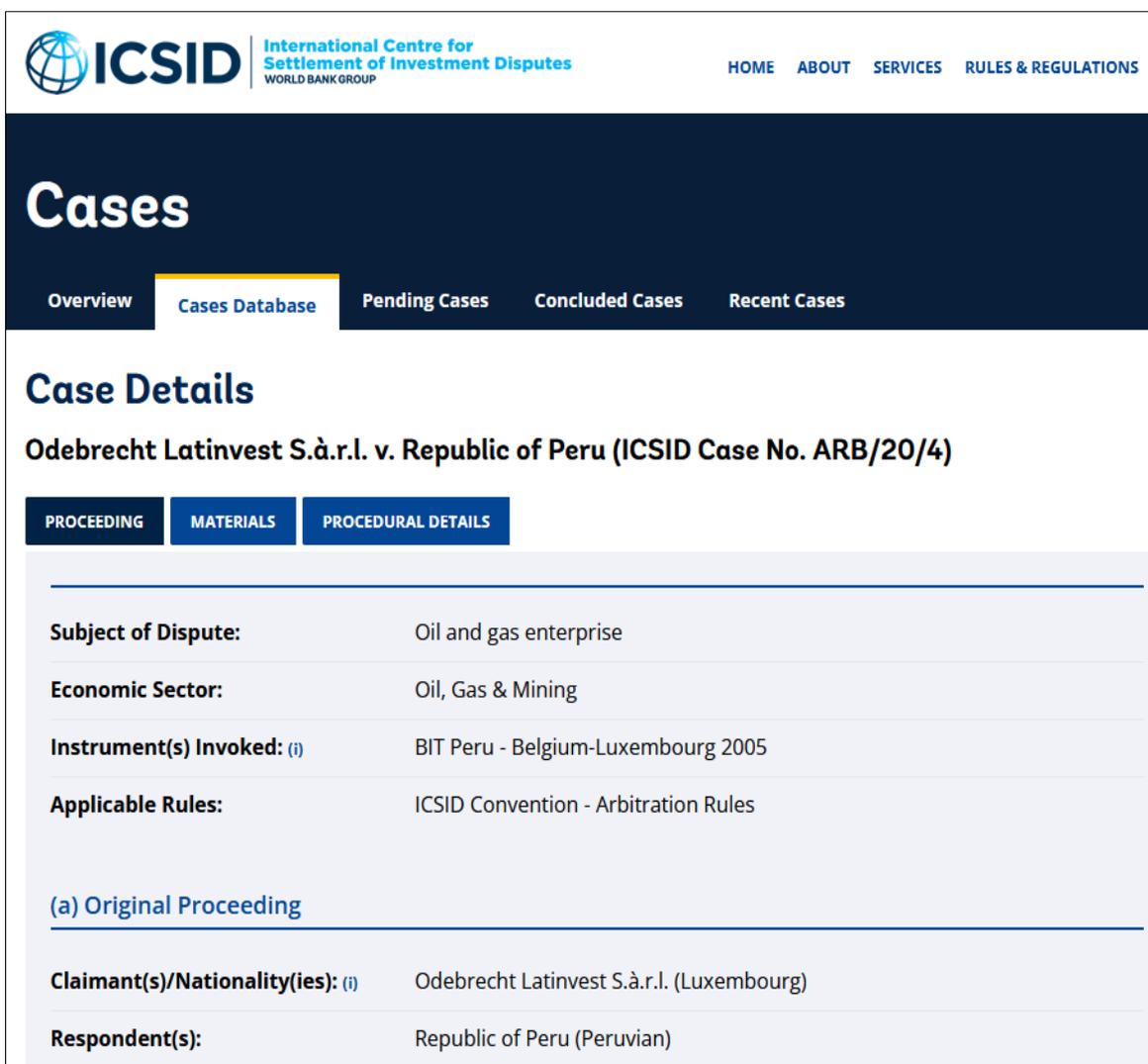
III. FUNDAMENTOS DE HECHO

- 3.1. *La solicitante, sin conocer el contenido del Informe N° 4 que solicita, está aseverando que el mismo sirvió de base para que una Comisión Multilateral, de carácter temporal, emita un informe con recomendaciones sobre cómo ampliar las reservas de gas natural y fortalecer la industria de hidrocarburos para la masificación a nivel nacional, sin considerar que el proyecto SITGAS solo trata la masificación de gas natural de la región sur del país; por tanto, los objetivos y el alcance de la labor de la Comisión Multisectorial a que alude la solicitante no son los mismos. En adición a ello el proyecto SITGAS es dependiente de la producción de gas que proviene de la región sur únicamente.*
- 3.2. *Cabe agregar que lo que la citada Comisión Multisectorial formuló fueron recomendaciones respecto de las cuales se desconoce que se haya tomado alguna decisión por parte de los entes estatales a cargo de la decisión que pudiere corresponder.*
- 3.3. *Uno de los principales argumentos señalados por la solicitante para su solicitud de información fue que en el Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial (integrada únicamente por funcionarios del Estado) se hace referencia al Informe 4. Al respecto, cabe señalar que el hecho de que el referido informe haya sido mencionado en el Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial, que fue publicado para comentarios, no hace que el Informe sea público, lo que se publicó es el informe de la citada Comisión, que no es lo mismo y por tanto ello no genera la obligación de hacerlo público, pues el Entregable 4 de la Consultoría realizada por el Consultor Técnico Mott MacDonald Limited tiene una finalidad distinta a la del Informe Final Preliminar emitido por la Comisión Multisectorial. En efecto, como se señaló en el Memorándum Nro. 1-2023/DEP.07, el referido entregable forma parte de la Etapa I de la fase formulación del estudio de Preinversión del proyecto Sistema Integrado de Transporte de Gas - Zona Sur del Perú en el marco del Invierte.pe, que exige contar con estudios que sustente que el proyecto es socialmente rentable, sostenible y concordante con los lineamientos de política establecida por las autoridades correspondientes, criterios que sustentan la declaración de viabilidad de los proyectos de inversión, a fin de poder determinar su procedencia o no, por parte del Estado.*
- 3.4. *De otro lado, el argumento que formula la solicitante consistente en que los procesos arbitrales no tienen vinculación con el proyecto SITGAS, es falso, lo cual se acredita con el Oficio N° 439-2021-EF-32, adjunto como Anexo al presente, mediante el cual el Sistema de Controversia Internacionales de Inversión- en adelante SINCRESI, que tiene a su cargo la defensa del Estado en procesos arbitrales vinculados a los temas de gas, ha requerido a PROINVERSIÓN, entre otros, el informe 4 emitido por Mott Mac Donald materia de solicitud, para que sea utilizado como estrategia de defensa del Estado en los mismos; por tanto, el hacer público el informe solicitado por la*

apelante traería como consecuencia un grave daño a la estrategia de defensa que el Estado ésta ejerciendo sobre esta materia en los procesos arbitrales.
(...)” (subrayado y resaltado agregado)

Asimismo, se aprecia el OFICIO N° 439-2021-EF/32 de fecha 24 de noviembre de 2022, a través del cual la Presidenta de la Comisión Especial - Ley N° 28933 solicitó al Director Ejecutivo de la entidad información relacionada al arbitraje internacional iniciado por la empresa Odebrecht Latinvest S.à.r.l. contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/20/4). En ese sentido, es necesario hacer especial énfasis en el alcance del referido oficio, toda vez que hace mención al proceso arbitral internacional que se viene ventilando en el Caso CIADI N° ARB/20/4.

Al respecto, esta instancia verificó la página web del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI, y pudo evidenciar en el rubro relacionado a “CASOS PENDIENTES”, los detalles del Caso Arbitral N° ARB/20/4, conforme se aprecia de la siguiente imagen⁷:



ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes
WORLD BANK GROUP

HOME ABOUT SERVICES RULES & REGULATIONS

Cases

Overview **Cases Database** Pending Cases Concluded Cases Recent Cases

Case Details

Odebrecht Latinvest S.à.r.l. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/20/4)

PROCEEDING MATERIALS **PROCEDURAL DETAILS**

Subject of Dispute:	Oil and gas enterprise
Economic Sector:	Oil, Gas & Mining
Instrument(s) Invoked: (i)	BIT Peru - Belgium-Luxembourg 2005
Applicable Rules:	ICSID Convention - Arbitration Rules

(a) Original Proceeding

Claimant(s)/Nationality(ies): (i)	Odebrecht Latinvest S.à.r.l. (Luxembourg)
Respondent(s):	Republic of Peru (Peruvian)

⁷ Información disponible en el siguiente enlace virtual: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/4>. (Consulta efectuada el 17 de febrero de 2022)

Date Registered:	February 4, 2020 ←
Date of Constitution of Tribunal:	October 28, 2020
Composition of Tribunal	
President:	Christopher GREENWOOD (British) - Appointed by the Secretary-General
Arbitrators:	Charles PONCET (Swiss) - Appointed by the Claimant(s) August REINISCH (Austrian) - Appointed by the Respondent(s)
Party Representatives	
Claimant(s):	Clifford Chance, London, U.K., Washington, D.C., U.S.A. and Paris, France
Respondent(s):	Ministerio de Economía y Finanzas, Lima, Peru Arnold & Porter Kaye Scholer, Washington D.C., U.S.A. and London, U.K.
Language(s) of Proceeding:	English
Status of Proceeding:	Pending ←
Latest Development:	August 4, 2022 - The Claimant files a reply on the merits and a counter-memorial on jurisdiction. ←

De dicha imagen se puede apreciar datos importantes como son los siguientes:

<i>Ingles</i>	<i>Español</i>
<i>Date Registered: February 4, 2020</i>	<i>Fecha de Registro: 4 de febrero de 2020</i>
<i>Status of Proceeding: Pending</i>	<i>Estado del Procedimiento: Pendiente</i>
<i>Latest Development: August4, 2022 – The Claimant files a reply on the merits and a counter-memorial on jurisdiction.</i>	<i>Última Actuación: 4 de agosto de 2022 - La Demandante presenta una réplica sobre el fondo y un memorial de contestación sobre jurisdicción.</i>

Teniendo en cuenta lo detallado precedentemente, se verifica que el arbitraje aludido por la entidad se encuentra identificado, así como se evidencia que se encuentra en trámite.

Al respecto, es relevante resaltar que el Decreto Legislativo N° 1071 ha incorporado dentro del Título IV de su cuerpo legal, el Título “*Actuaciones Arbitrales*”; el cual incluye, entre otros, la regulación relacionada con la demanda y contestación en el artículo 39 de dicha norma, en la que se precisa:

“Artículo 39.- Demanda y contestación.

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.

2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer”. (subrayado agregado)

De lo antes expuesto, se desprende que el arbitraje puede comprender información generada con anterioridad a su inicio, siendo incorporada dentro de las actuaciones arbitrales iniciadas con motivo del arbitraje. De igual modo, los artículos 42 y 43 de la referida norma señalan el procedimiento relacionado con el aporte de material perteneciente a la controversia, conforme el siguiente detalle:

“Artículo 42.- Audiencias.

(...)

1. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás información que una parte aporte al tribunal arbitral se pondrá en conocimiento de la otra parte. Asimismo, se pondrá a disposición de las partes cualquier otro material perteneciente a la controversia que sea entregado al tribunal arbitral por las partes o por cualquier tercero y en los que puedan fundar su decisión”.

“Artículo 43.- Pruebas.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

(...). (subrayado agregado)

En tal sentido, de las normas referidas se tiene que la finalidad de un proceso arbitral está orientado a resolver una controversia generada en la ejecución, cumplimiento, cumplimiento defectuoso, incumplimiento u otra circunstancia referida a hechos concretos ocurridos en el marco de una relación jurídica, de modo que la documentación que forma parte de un proceso arbitral se ha generado precisamente con anterioridad a este medio de solución de controversias, (respecto de hechos ocurridos con anterioridad), pero también incluye documentación elaborada con ocasión del proceso arbitral, como son opiniones, recomendaciones, sugerencias y estrategias previas, así como la propia demanda y/o contestación arbitral, e incluso documentación generada durante el desarrollo del proceso arbitral, como son pericias, declaraciones de parte, alegatos escritos, entre otros.

Cabe anotar que el artículo 61 del Decreto Legislativo N° 1071, refiere la regulación correspondiente a la conservación de las actuaciones arbitrales, precisando que *“Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de tres (3) meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación del tribunal arbitral de conservar la documentación del arbitraje (...);* agregando, el numeral 3 de dicho artículo: *“Cualquiera de las partes también puede solicitar, a su costo, que las actuaciones sean remitidas en custodia a las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales que ofrezcan servicios de conservación y archivo de actuaciones arbitrales”;* de esta manera, se puede colegir que las actuaciones arbitrales incluyen los actuados dentro del proceso arbitral, ya sea que hubieren sido

incorporados por las partes o que hubieren sido producidos en el arbitraje, sin que la norma haga distinción entre las fechas de la generación de la documentación.

Adicionalmente a ello, es pertinente traer a colación lo expuesto por el artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1071, que señala lo siguiente: *“Inicio del Arbitraje: Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje”*; en tal sentido, el inicio del proceso arbitral ocurre con la presentación de respectiva solicitud o demanda arbitral, que evidentemente incluye toda la documentación probatoria que sustenta los hechos materia de controversia, así como la posición jurídica del accionante, siendo evidente que parte de dicha documentación corresponde a la generada con anterioridad al inicio del proceso arbitral.

Ahora bien, resulta claro para la suscrita que existe determinada documentación que, además de tener una naturaleza pública, por mandato legal ha sido debidamente publicitada o difundida, como ocurre, por ejemplo, con las resoluciones administrativas de designación de determinados cargos públicos, autorización de viajes y asignación de viáticos, encargaturas funcionales, avisos de convocatorias a concursos públicos o licitaciones públicas, entre otros, documentación que en modo alguno perderá su carácter de información pública al incluirse en un proceso arbitral, pues al haber sido difundida o publicada su existencia, esta no puede considerarse como reservada, confidencial o exceptuada del derecho de acceso a la información pública.

Sin embargo, y no obstante que de conformidad con el Principio de Presunción de Publicidad, toda documentación generada o en poder de las entidades son de naturaleza pública, especialmente aquella generada en el ejercicio propio de las funciones de la Administración Pública o la que corresponde a la utilización de recursos públicos, en determinadas circunstancias esta se encuentra en un supuesto de excepción de su publicidad, tal como ocurre con aquella documentación que se encuentra contenida en un proceso arbitral y que no ha sido previamente publicitada, como se ha indicado en el párrafo precedente.

Siendo ello así, el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071 establece la confidencialidad de las actuaciones arbitrales en las que interviene el Estado, debiendo entenderse que en ellas se incluye la demanda arbitral, los medios probatorios aportados y la documentación que es incorporada a dicho proceso de solución de controversias -salvo aquella documentación que haya sido publicitada o difundida previamente por mandato de ley-, por lo que disponer la publicidad de dicha documentación resulta contrario a lo previsto por una norma expresa.

En tal sentido, la confidencialidad prevista por el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071 antes expuesto, constituye un supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública prevista por el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, siendo que la entidad ha afirmado que la información solicitada corresponde a una actuación arbitral, de un arbitraje en trámite signado con el número N° ARB/20/4 (conforme se desprende del OFICIO N° 439-2021-EF/32 de fecha 24 de noviembre de 2032), a criterio de la suscrita, al haber identificado específicamente el proceso arbitral correspondiente, la institución que lo tiene a cargo y el estado del procedimiento, ha cumplido con acreditar la causal prevista en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

En tal sentido, la documentación materia del requerimiento se encuentra dentro del ámbito de protección contemplado en el artículo 51 del Decreto Legislativo 1071; y, por ende, en la citada excepción establecida en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación presentado, conforme a los argumentos vertidos en los párrafos precedentes.

De otro lado, respecto al argumento de la entidad vinculado con la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, carece de sentido pronunciarse atendiendo que la información requerida es confidencial, conforme a lo señalado en el párrafo precedente.

En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de apelación presentado por el recurrente, conforme a los argumentos señalados en los párrafos precedentes.



VANESA VERA MUENTE
Vocal