



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 001705-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01888-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN**
Entidad : **FONDO MIVIVIENDA**
Sumilla : Declara fundado en parte recurso de apelación

Miraflores, 27 de junio de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01888-2023-JUS/TTAIP de fecha 9 de junio de 2023, interpuesto por **RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN**¹ contra la respuesta contenida en el correo electrónico de fecha 7 de junio de 2023, mediante la cual el **FONDO MIVIVIENDA**² atendió su solicitud de acceso a la información presentada con fecha 31 de mayo de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

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

“(…)

Solicito copia de los contratos originales y testimonios de los fideicomisos de los proyectos Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi, Alto Larán, Ica Bonita y Tarapoto Bonito”.

Con correo electrónico de fecha 7 de junio de 2023, la entidad atendió la solicitud del recurrente, manifestando lo siguiente:

“(…)

Al respecto, su solicitud fue trasladada a la Gerencia de Proyectos Inmobiliarios y Sociales, área poseedora de la información para su evaluación y atención. En atención a ello, el área propietaria ha comunicado siguiente:

- *Todos los Contratos de Fideicomiso, con participación del FMV, requeridos mediante la Solicitud de Acceso a la Información N°66-2023, cuentan con la siguiente condición de confidencialidad (*), por lo tanto, no es posible atender dicho requerimiento. Cabe resaltar que no se suscribieron los Contratos de Fideicomiso de los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito. (...)*

¹ En adelante, el recurrente.

² En adelante, la entidad.

(*)

27. TODOS LOS ACTORES DEL FIDEICOMISO DEBERÁN GUARDAR LA MAYOR CONFIDENCIALIDAD RESPECTO DE LOS ACTOS, OPERACIONES, DOCUMENTOS E INFORMACION QUE ORIGINE LA ADMINISTRACIÓN DEL FIDEICOMISO, SALVO MANDATO JUDICIAL EXPRESO.

Adicionalmente, se precisa que los Fideicomisos Markagroup *actualmente están en investigación, por tanto, tienen carácter de reservado. Ello, de conformidad con el Artículo 324 del nuevo Código Procesal Penal que establece que la investigación tiene carácter de reservado y que solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en la carpeta fiscal.*

Artículo 324.- Reserva y secreto de la investigación

1. *La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones*". (subrayado agregado)

El 9 de junio de 2023, el recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando los siguientes argumentos:

"(...)

- a) *El 31 de mayo del 2023 presenté una solicitud de Acceso a la Información al Fondo MiVivienda, mediante la cual solicité "Solicito copia de los contratos originales y testimonios de los fideicomisos de los proyectos Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi, Alto Larán, Ica Bonita y Tarapoto Bonito". Esta solicitud fue registrada con el número N° 66-2023.*
- b) *El día 7 de junio del 2023 recibí el correo del Fondo Mi Vivienda – el cual adjunto - denegando mi solicitud de acceso a la información, señalando que "Todos los Contratos de Fideicomiso, con participación del FMV, requeridos mediante la Solicitud de Acceso a la Información N°66-2023, cuentan con la siguiente condición de confidencialidad (*), por lo tanto, no es posible atender dicho requerimiento. Cabe resaltar que no se suscribieron los Contratos de Fideicomiso de los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito."*
- c) *En reiteradas oportunidades, el Tribunal de Transparencia ha señalado que una información recabada por la fiscalía o que forma parte de una investigación fiscal no se convierte, per se, en información reservada".*

Mediante la Resolución N° 001565-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA³ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos.

³ Resolución que cual fue debidamente notificada a la Mesa de Partes Virtual de la entidad: <https://www.mivivienda.com.pe/smpv/#/formulario>, el 16 de junio de 2023 a las 16:17 horas, generándose el registro N° 2023-0006706, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Con CARTA N° 000006-2023-FMV/TRANS, presentada a esta instancia el 22 de junio de 2023, la entidad remitió el expediente administrativo que se formó para la atención de la solicitud, dentro de los cuales remitió "(...) el Informe de Atención de la Solicitud Nro. 66-2023 (Anexo 1) y los descargos del Fondo MIVIVIENDA S.A. ante el recurso de apelación interpuesto por RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN (Anexo 2)".

En ese sentido, se advierte el INFORME DE ATENCIÓN DE LA SOLICITUD NRO. 66-2023, del cual se desprende:

"(...)

1. Mediante correo electrónico de fecha 31.05.2023 el señor RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN requirió lo siguiente:

II. INFORMACIÓN SOLICITADA :	
Título de la Solicitud:	COPIA DE CONTRATOS
Detalle de la Solicitud:	Solicito copia de los contratos originales y testimonios de los fideicomisos de los proyectos Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi, Alto Larán, Ica Bonita y Tarapoto Bonito.

Dicha solicitud fue registrada y signada por la Funcionaria Responsable de Brindar Acceso a la Información (FRAI) con el Nro. 66-2023 con fecha 31.05.2023

2. *Lo solicitado fue trasladado al área poseedora de la Información, Gerencia de Proyectos Inmobiliarios y Sociales, otorgándole plazo para su atención hasta el 07.06.2023 a fin de poner a disposición del solicitante la información, con un plazo máximo de respuesta el 14.06.2023. Asimismo, se precisa que para efectos de la Ley N° 27806 el funcionario o servidor que haya creado, obtenido, tenga posesión o control de la información solicitada, es responsable de:*
 - a) *Brindar la información que le sea requerida por el funcionario o servidor responsable de entregar la información y por los funcionarios o servidores encargados de establecer los mecanismos de divulgación a los que se refieren los artículos 5° y 24° de la Ley. A fin que estos puedan cumplir con sus funciones de transparencia en los plazos previstos en la Ley. En caso existan dificultades que le impidan cumplir con el requerimiento de la información solicitada, deberá informar de esta situación al funcionario requirente, a través de cualquier medio idóneo para este fin.*
 - b) *Elaborar los informes correspondientes cuando la información solicitada se encuentre dentro de las excepciones que establece la Ley, especificando la causal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión. En los supuestos en que la información sea secreta o reservada, deberá incluir en su informe el código correspondiente, de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 21 del presente Reglamento (...)*
3. *Mediante correo electrónico de fecha 07.06.2023, la FRAI traslada al señor RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN la respuesta del área poseedora de la información, conforme el siguiente correo:*

RE: Solicitud de Acceso a la Información N° 66-2023

Acceso a la Información
 Pasa: Renzo Bambaren Chacón

Estimado señor RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN:

Me dirijo a usted con relación a su Solicitud de Acceso a la Información Nro 66-2023, mediante la cual requiere lo siguiente:

Título de la Solicitud:	COPIA DE CONTRATOS
Detalle de la Solicitud:	Solicito copia de los contratos originales y testimonios de los fideicomisos de los proyectos Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi, Alto Larán, Ica Bonita y Tarapoto Bonito.

Al respecto, su solicitud fue trasladada a la Gerencia de Proyectos Inmobiliarios y Sociales, área poseedora de la información para su evaluación y atención. En atención a ello, el área propietaria ha comunicado siguiente:

- Todos los Contratos de Fideicomiso, con participación del FMI, requeridos mediante la Solicitud de Acceso a la Información N°66-2023, cuentan con la siguiente condición de confidencialidad (*), por lo tanto, no es posible atender dicho requerimiento. Cabe resaltar que no se suscribieron los Contratos de Fideicomiso de los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito.

(*)

27. TODOS LOS ACTORES DEL FIDEICOMISO DEBERÁN GUARDAR LA MAYOR CONFIDENCIALIDAD RESPECTO DE LOS ACTOS, OPERACIONES, DOCUMENTOS E INFORMACIÓN QUE ORIGINE LA ADMINISTRACIÓN DEL FIDEICOMISO, SALVO MANDATO JUDICIAL EXPRESO.

Adicionalmente, se precisa que los Fideicomisos Markagroup actualmente están en investigación, por tanto, tienen carácter de reservado. Ello, de conformidad con el Artículo 324 del nuevo Código Procesal Penal que establece que la investigación tiene carácter de reservado y que solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en la carpeta fiscal.

Artículo 324.- Reserva y secreto de la investigación

1. La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones.

Saludos cordiales.

Fondo Mivivienda
 Responsable de Acceso a la Información Pública

Es todo cuanto debo informar respecto a la Solicitud de Acceso a la Información Nro. 66-2023”.

Del mismo modo, se advierte el Escrito de fecha 22 de junio de 2023, mediante el cual la entidad formuló sus descargos señalando lo siguiente:

“(…)

II. FUNDAMENTOS DE DESCARGO DE LA APELACIÓN:

1. *La información requerida por el Señor RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN, referida a los contratos de Fideicomiso de los Proyectos Inmobiliarios Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi, Alto Larán, Ica Bonita y Tarapoto Bonito, fueron celebrados en el marco del Convenio para la participación de Entidades Prestamistas No Supervisadas en el otorgamiento de préstamos con garantía hipotecaria en el marco del Programa Techo Propio, celebrado por el Fondo MIVIVIENDA S.A. (FMV), representado por su Gerente General Jose Carlos Forero Monroe y la empresa Markagroup S.A.C. (EPNS), representada por su Gerente General Sada Angélica Goray Chong, con el objeto de establecer las condiciones y obligaciones que regulaban la participación de la EPNS en el otorgamiento de Préstamos con Garantía Hipotecaria en aquellos proyectos estructurados bajo un esquema de fideicomiso en el marco del Programa Techo Propio, para lo cual suscribiría una Adenda por cada Proyecto.*
2. *Los contratos de Fideicomiso de los Proyectos Inmobiliarios, Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi, Alto Larán, fueron celebrados y suscritos por el FMV en su condición de Fideicomisario, por empresas subsidiarias de la EPNS como Fideicomitentes, la empresas Corfid Corporación Financiera como Fiduciario, la Empresa Define Servicios SAC como Supervisor Técnico Financiero (Lima Bonita, Barranca Bonita, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi, Alto Larán) y la empresa Arme SAC como Supervisor Técnico Financiero del Proyecto Chiclayo Bonito en su condición de Supervisor Técnico Financiero por personas naturales cuya participación en dichos contratos es la de supervisor.*

3. Como es de conocimiento Público, a partir de las declaraciones pública efectuadas por la Sra. Sada Angélica Goray Chong, en el programa Cuarto Poder transmitido por América Televisión, en el mes de noviembre de 2022, el Ministerio Público a través del Equipo Especial de Fiscales Contra la Corrupción del Poder – Coordinación Nacional – EFICCOP- Equipo 3, inicio de oficio las investigaciones preliminares contra Sada Angélica Goray Chong y otros por la presunta comisión del Delito contra la Administración Pública en su modalidad de tráfico de influencias y otros en agravio del Estado Peruano.
4. Los contratos de fideicomiso referidos a los Proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito no se suscribieron.

III. FUNDAMENTACION JURIDICA DE NUESTRO DESCARGO:

TUO de La Ley De Transparencia y Acceso a la información, aprobado por el DS No 019-2021-JUS

Artículo 13.- Denegatoria

(...)

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 la 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.

Dado que los “Contratos de Fideicomiso” referidos a los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito no fueron suscritos, no existen, por lo tanto, nos es posible para el FMV brindar acceso a una información con la que no cuenta.

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:

5. Aquellas materias cuyo acceso este expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República Decreto Legislativo No 957 Nuevo Código Procesal Penal

Artículo 324.- Reserva y secreto de la investigación

1. La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones.

Dado que el Nuevo Código Procesal Penal, norma con rango y fuerza de ley y como tal contiene normas de obligatorio cumplimiento, establece que la investigación tiene carácter reservado y sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos, el FMV se encuentra en la imposibilidad de entregar la información requerida, pues tal documentación se encuentra inmersa dentro de la investigación a cargo del Ministerio Público, a través del “Equipo Especial de Fiscales Contra la Corrupción del Poder – Coordinación Nacional – EFICCOP- Equipo 3”, respecto de la presunta comisión del Delito contra la Administración

II. ANÁLISIS

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

A su vez, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS⁴, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Transparencia establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar finalmente que, el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, 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.

Adicionalmente a ello, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁸, señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base a razones de hecho y a las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información tachada por la entidad se encuentra contenida en la excepción de confidencialidad establecida por el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

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

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

“(...)

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

Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que consagra expresamente el Principio de Publicidad, establece que *“Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”*. Es decir, establece como regla general la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción.

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD/TC, ha señalado respecto del mencionado Principio de Publicidad lo siguiente:

“(...)

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

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.

Siendo ello así, corresponde a este colegiado analizar si la entidad atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente conforme a lo dispuesto por la Ley de Transparencia.

- **Con relación al argumento de confidencialidad respecto de la copia de los contratos y testimonios de los fideicomisos de los proyectos Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi y Alto Larán:**

Sobre el particular, es preciso indicar que uno de los argumentos formulados por la entidad para denegar la información solicitada por el recurrente, contenido en el correo electrónico de fecha 7 de junio de 2023, es que todos los Contratos de Fideicomiso, con participación del Fondo Mivivienda, requeridos cuentan con una condición de confidencialidad donde se establece que:

(*)

27. TODOS LOS ACTORES DEL FIDEICOMISO DEBERÁN GUARDAR LA MAYOR CONFIDENCIALIDAD RESPECTO DE LOS ACTOS, OPERACIONES, DOCUMENTOS E INFORMACION QUE ORIGINE LA ADMINISTRACIÓN DEL FIDEICOMISO, SALVO MANDATO JUDICIAL EXPRESO.

En ese contexto, es preciso mencionar que para denegar información que ha sido solicitada a las entidades de la administración pública la Ley de Transparencia establece excepciones para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, las cuales deben ser debidamente motivadas y acreditadas, puesto que estamos frente a una limitación de un derecho fundamental.

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

“(...)

4. *La Constitución Política del Perú, en su artículo 2°, inciso 5, reconoce el derecho de toda persona de solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho pedido, con la única excepción de aquella que afecte a la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional. Lo establecido en el referido artículo representa una realidad de doble perspectiva, pues no solo constituye el reconocimiento de un derecho fundamental, sino el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente. En esa medida, el secreto o lo oculto frente a la información de interés público resulta una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional”.* (subrayado agregado)

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

“(...)

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

En atención a lo expuesto, es importante indicar que con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley.

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

Siendo esto así, corresponde que las entidades de la administración pública justifiquen el apremiante interés público para negar el acceso a la información, esto es, las razones por las que dicha información debe ser considerada secreta, reservada o confidencial, conforme lo exige la jurisprudencia y normativa antes citada.

Por tanto, es preciso indicar que, para la limitación del derecho al acceso a la información pública, no basta indicar que la misma es confidencial, sino que se debe señalar la causal en la cual se ampara su restricción; así como acreditar la causal correspondiente de manera motivada.

Siendo esto así y atendiendo a lo antes expresado, corresponde desestimar el argumento de la entidad para denegar la información solicitada por el recurrente a través de su solicitud.

- **Con relación al argumento de que los Fideicomisos Markagroup actualmente están en investigación, en cuanto a la copia de los contratos y testimonios de los fideicomisos de los proyectos Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi y Alto Larán:**

Al respecto, en la línea de lo expuesto en el ítem precedente, se advierte de autos que la entidad a través del correo electrónico de fecha 7 de junio de 2023 argumentó su denegatoria señalando que los Fideicomisos Markagroup actualmente están en investigación, por tanto, tiene carácter de reservado de conformidad con el artículo 324 del Nuevo Código Procesal Penal que establece que la investigación tiene carácter de reservado y que solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en la carpeta fiscal, concordante con el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, lo cual fue reiterado a través del documento de descargos.

En ese contexto, la entidad ha denegado lo solicitado por el recurrente indicando que parte de información solicitada está contenida en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; en ese sentido, para efectos de realizar un análisis respecto al dispositivo legal invocado por la entidad para denegar la solicitud del recurrente, debemos hacer mención al mismo:

*“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:*

(...)

6. *Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República. (...)*”.

Al respecto, sobre el argumento expuesto por la entidad, referido a la denegatoria de la información por cuanto esta forma parte de una investigación conforme el artículo 324 del Código Procesal Penal, el cual regula la reserva y secreto de la investigación del siguiente modo:

“(…)

Artículo 324.- *Reserva y secreto de la investigación*

1. *La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones*”.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del artículo 324 del Código Procesal Penal, el cual señala que *“La investigación tiene carácter reservado. Solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos”*, concordante con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, es importante precisar que dicha disposición no tiene carácter absoluto, puesto que existen supuestos en los que sí es posible otorgar copias de piezas de documentos contenidos en una carpeta fiscal, tal como lo refiere el numeral 3 del artículo 138 del del Código Procesal Penal que señala *“Si el estado de la causa no lo impide, ni obstaculiza su normal prosecución, siempre que no afecte irrazonablemente derechos fundamentales de terceros, el Fiscal o el Juez podrán ordenar la expedición de copias (...) que hayan sido pedidos mediante solicitud motivada por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos”*.

En esa línea, es relevante tener en cuenta lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 39 de la Ley N° 30934, Ley que modifica la Ley de Transparencia establece que los entes del sistema de justicia (Poder Judicial, el Ministerio Público, la Junta Nacional de Justicia, el Tribunal Constitucional y la Academia de la Magistratura), emitida con posterioridad al artículo 324 del Código Procesal Penal invocado por la entidad, el cual establece que dichas entidades tienen la obligación de hacer accesible al público la información que resulte relevante para el adecuado escrutinio de su labor.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el artículo 3 de la Ley de Transparencia, consagra expresamente el Principio de Publicidad, estableciendo 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, y que el secreto es la excepción. (subrayado agregado)

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, ha precisado que:

“(…)

5. *De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuenta con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las*

excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas." (subrayado agregado)

Sobre el particular, 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 mencionado en párrafos precedentes.

En ese contexto, es preciso indicar que la entidad a través de sus descargos comunicó que lo solicitado se encuentra dentro de un proceso de investigación fiscal y que el recurrente no es parte en dicha investigación denegando la misma de conformidad con el numeral 1 del artículo 324 del Código Procesal Penal; sin embargo, cabe mencionar que la entidad simplemente citó dicha norma, sin especificar la identificación del procedimiento correspondiente o precisar el estado de su tramitación; por ende, no ha cumplido con acreditar ante esta instancia el supuesto de hecho que configure la excepción a la regla contenida en la Presunción de Publicidad que recae sobre toda información que posee o produce el Estado.

A mayor abundamiento, esta instancia debe señalar que pueden establecerse límites al conocimiento público de los actuados contenidos en la carpeta fiscal, siempre que los mismos se deriven de la protección de otros derechos o bienes constitucionales en juego, como la intimidad personal o familiar, la seguridad personal de testigos, víctimas o imputados, la seguridad nacional o la seguridad ciudadana, la protección de la intimidad de niños, adolescentes o víctimas de delitos contra la libertad sexual, y la protección misma de la imparcialidad judicial, conforme lo establece el artículo 357 del Código Procesal Penal, entre otras, pero ello no implica necesariamente que incluso cuando exista un proceso de investigación fiscal se pueda justificar la denegatoria del íntegro de lo requerido, más aún si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Transparencia.

Adicionalmente a ello, cabe precisar que la información solicitada por el recurrente se encuentra vinculada con la utilización de recursos del Estado, para lo cual se ha adoptado una decisión de carácter administrativo que debe encontrarse sujeto a un procedimiento regular, por lo que la transparencia en la adopción de dichas decisiones, al tratarse de caudales del erario público, resulta razonable su petición para que la ciudadanía pueda constatar su correcta asignación.

Ello adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que lo solicitado guarda estrecha relación con el el segundo párrafo del artículo 10 de la Ley de Transparencia, el cual establece que "(...) para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa (...)". (subrayado nuestro).

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es importante tener en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional en los Fundamentos del 6 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, en el que analiza la entrega de la ficha personal de una servidora pública, que al contener dicho documento información de carácter público (los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas), así como datos de carácter privado (como por

ejemplo, los datos de individualización y contacto), es posible tachar éstos últimos y así garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

“(…)

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

Conforme se puede apreciar del texto de la mencionada sentencia, es posible que se entregue la información pública solicitada por el recurrente, procediendo a tachar aquella que contenga información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, garantizando el derecho que le asiste a este para acceder a la información pública contenida en los documentos requeridos.

En consecuencia, corresponde estimar este extremo del recurso de apelación presentado y ordenar a la entidad entregar al recurrente la información pública requerida⁵, esto es, la copia de los contratos y testimonios de los fideicomisos de los proyectos Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi y Alto Larán, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

⁵ Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

- **Con relación al requerimiento de la copia de los contratos y testimonios de los fideicomisos de los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito:**

En cuanto a ello, la entidad mediante el correo electrónico de fecha 7 de junio de 2023, indicó que no se suscribieron los contratos de fideicomiso de los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito; asimismo, en que dichos contratos al no ser suscritos no existen; por lo tanto, nos es posible para el Fondo Mivivienda brindar acceso a una información con la que no cuenta.

Siendo ello así, corresponde a este colegiado analizar si la entidad atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente conforme a lo dispuesto por la Ley de Transparencia.

Sobre el particular, debemos recordar lo previsto en el primer párrafo del artículo 10 de la Ley de Transparencia “Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida 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”. (subrayado agregado)

Al respecto, 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 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”. (subrayado agregado)

En esa línea, la entidad comunicó al recurrente mediante el correo electrónico de fecha 7 de junio de 2023, lo cual fue reiterado con el documento de descargos, sobre la inexistencia de los Contratos de Fideicomiso de los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito al no haberse suscrito ninguno de ellos; en tal sentido, la referida institución no cuenta con la información solicitada, motivo por el cual no resulta viable brindar la información requerida; por tanto, en mérito a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, no corresponde atender la solicitud del administrado.

Siendo esto así, es preciso tener en cuenta que ninguna entidad está en la obligación de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido conforme lo establece el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia.

Al respecto, a criterio de este colegiado, la referida declaración de inexistencia de los Contratos de Fideicomiso de los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito, debe tomarse por cierta bajo el principio de presunción de veracidad contenido en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁶, norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento de conformidad con la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de la Ley de Transparencia,

⁶ En adelante, Ley N° 27444.

aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, más aún, cuando el recurrente no ha proporcionado documentación que acredite lo contrario.

Por tanto, se verifica que la entidad no se encuentra en posesión de lo solicitado por el recurrente, esto es, los contratos de fideicomiso de los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito; en consecuencia, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de apelación, de acuerdo a las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes.

Finalmente, en virtud a lo establecido por el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la referida norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere dicha 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.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por **RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN**; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **FONDO MIVIVIENDA** que entregue al recurrente la información pública requerida, esto es, copia de los contratos y testimonios de los fideicomisos de los proyectos Lima Bonita, Barranca Bonita, Chiclayo Bonito, Piura Bonita, Praderas de Cacatachi y Alto Larán, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

Artículo 2.- SOLICITAR al **FONDO MIVIVIENDA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN** contra la respuesta contenida en el correo electrónico de fecha 7 de junio de 2023, mediante la cual el **FONDO MIVIVIENDA** atendió su solicitud de acceso a la información presentada con fecha 31 de mayo de 2023; ello respecto de los Contratos de Fideicomiso de los proyectos Ica Bonita y Tarapoto Bonito, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de 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 **RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN** y al **FONDO MIVIVIENDA**, 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).

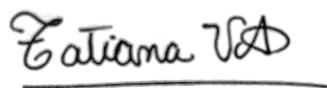


ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



LUIS GUILLERMO AGURTO VILLEGAS
Vocal

vp: uzb



TATIANA AZUCENA VALVERDE ALVARADO
Vocal