



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 003145-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 03456-2023-JUS/TTAIP
Impugnante : **AVRAE S.R.L.**
Entidad : **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 27 de octubre de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 03456-2023-JUS/TTAIP de fecha 10 de octubre de 2023, interpuesto por **AVRAE S.R.L.**¹, representada por Benji Steven Mendoza Choquehuilca, contra EP-061-2023 de fecha 3 de octubre de 2023, mediante la cual **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.**² atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 19 de setiembre de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 19 de setiembre de 2023, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente requirió a la entidad la entrega vía correo electrónico de la siguiente información:

“La presente es para solicitar información y/o copia simple de los informes del porcentaje de crecimiento de clientes para nuevos suministros de los últimos 4 años, en ejercicio de mi derecho de acceso a la información pública reconocido en el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú y el artículo 7° del Texto Único Ordenando de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.

Bajo el fundamento legal expuesto solicitamos información y/o copia simple de los informes o digital en cualquier de los siguientes soportes: CD-ROM, DVD, disco duro u otro soporte de los siguientes documentos:

- 1. Información y/o informes utilizados para determinar el porcentaje de crecimiento de clientes para nuevos suministros de los últimos 4 años (2021, 2020, 2019, 2018) para los servicios comerciales Valle Sagrado y Quispicanchi.*

Precisamos que la información y/o documentos solicitados debe contener como mínimo lo siguiente: a) fórmula utilizada para determinar la tasa de crecimiento o porcentaje, b) data utilizada, c) data utilizada por cada actividad según las bases

¹ En adelante, la recurrente.

² En adelante, la entidad.

CP-040-2022-ELSE (de las 58 actividades), d) cuanto ha sido su registro de los años 2021, 2020, 2019, 2018 por cada actividad por rubro.

En esta parte es necesario precisar que la información solicitada fue anunciada en el numeral 5. ALCANCES Y DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO de los Términos de Referencia del CP-040-2022-ELSE, pagina 21, tal como se muestra a continuación:

		2021	2020
	Reinstalación de acometida subterránea en BT	48	120
	Corte de suministro en MT	360	600
	Reconexión de suministro en MT	360	600
VI. ACTIVIDADES GENERALES	AG01 Apertura y cierre de zanja	240	48
	AG02 Rotura y/o resane de veredas	240	48
	AG03 Picado de nicho para caja porta medidor	3,600	3,000
	AG04 Apertura de ranura para acometida domiciliaria	1,200	480
	AG05 Construcción de murete	540	480
	AG06 Reporte de conexiones clandestinas y/o hurtos de energía	540	480

Las cantidades son referenciales y han sido determinadas por las áreas usuarias y la proyección es de acuerdo al porcentaje de crecimiento de clientes para nuevos suministros de los últimos 4 años.

Para el presente proceso, **ELSE** ha considerado para el análisis de costos unitarios, los costos regulados en los procesos de fijación del cargo fijo (VAD), Costos de Conexión a la red eléctrica (SICONEX) e Importes Máximos por Corte y Reconexión (SICORE),

21

A través del documento EP-061-2023 de fecha 3 de octubre de 2023, la entidad brindó respuesta a la referida solicitud señalando lo siguiente:

“(…)

De la lectura de las situaciones de excepción se puede constatar que no solo se encuentra la información que tiene el carácter de secreta, sino también aquella que es reservada y confidencial.

Al respecto, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de transparencia señala que es información confidencial, la Información preparada u obtenida por y cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa de un proceso administrativo o judicial o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.

Sobre el particular y conforme lo señalan nuestras Áreas Operativas de Quispicanchis y Valle Sagrado, así como el área legal, resulta pertinente señalar que a la fecha ELECTRO SUR ESTE S.A.A. se encuentra en un proceso arbitral con la empresa AVRAE S.R.L., la misma que se sigue ante la Cámara de Comercio de Lima, signado con el Expediente 241-2023-CCL, con fecha de inicio 11/05/2023 y por el cual fueron notificados el 03/07/2023

Por lo tanto, dado la existencia de este proceso arbitral la información solicitada se encuentra exceptuada de ser proporcionada según lo dispone el numeral 4º del artículo 17º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, en la medida que su publicidad pudiera afectar el curso del proceso Arbitral”.

El 10 de octubre de 2023, la recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, señalando –entre otras– que, la información que se solicita es aquella que fue elaborada a inicios del año 2022, es decir, es una información que preexistía al proceso arbitral señalado por la entidad, asimismo indica dicha información ya fue publicada en los Términos de Referencia del

procedimiento de selección Concurso Público Nro. 040-2022-ELSE, en el numeral 5. ALCANCES Y DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO, pagina 21, tal como se muestra a continuación:

	CR10	Reinstalación de acometida subterránea en BT	48	120
	CR11	Corte de suministro en MT	360	600
	CR12	Reconexión de suministro en MT	360	600
VI. ACTIVIDADES GENERALES	AG01	Apertura y cierre de zanja	240	48
	AG02	Rotura y/o resaca de veredas	240	48
	AG03	Fixado de nicho para caja porta medidor	3,600	3,000
	AG04	Apertura de ranura para acometida domiciliaria	1,200	480
	AG05	Construcción de murete	540	480
	AG06	Reporte de conexiones clandestinas y/o hurtos de energía	540	480

Las cantidades son referenciales y han sido determinadas por las áreas usuarias y la proyección es de acuerdo al porcentaje de crecimiento de clientes para nuevos suministros de los últimos 4 años.

Para el presente proceso, **ELSE** ha considerado para el análisis de costos unitarios, los costos regulados en los procesos de fijación del cargo fijo (VAD), Costos de Conexión a la red eléctrica (SICONEX) e Importes Máximos por Corte y Reconexión (SICORE),

Además, agrega que la información requerida no ha sido creada u obtenida por algún asesor jurídico o un abogado de la entidad, toda vez que esta información es producida por la áreas técnicas u operativas de la entidad que se dedican a prestar los servicios comerciales de ELSE; finalmente, indica que la información que se solicita no puede configurar de ningún modo como la revelación de una estrategia, puesto que esta información esta referida al porcentaje de crecimiento de clientes para nuevos suministros de los últimos 4 años (2021, 2020, 2019, 2018) para los servicios comerciales, materia que no tiene nada ver con alguna estrategia legal o administrativa.

Mediante la Resolución N° 002964-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA³ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos.

En atención a ella, la entidad, mediante el documento EP-068-2023 ingresado a esta instancia el 24 de octubre de 2023, remitió el expediente generado por la solicitud de la recurrente y formuló sus descargos señalando lo siguiente:

“(…)

Sobre el particular, en la carta de respuesta cursada al solicitante, se sustenta la decisión de la Entidad de no proporcionar la información requerida, al considerar que esta se encuentra en el supuesto de excepción al ejercicio del derecho de la información pública que establece el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia que señala que “es información confidencial, la información preparada u obtenida por y cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adaptarse en la tramitación o defensa de un proceso administrativo o judicial o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso”.

³ Resolución que fue notificada por mesa de partes virtual de la entidad al siguiente enlace: <https://app.else.com.pe/mesadepartes/index.html>, 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.

Pues bien, resulta pertinente señalar que a la fecha ELECTRO SUR ESTE S.A.A. se encuentra en un proceso arbitral con la empresa AVRAE S.R.L, la misma que se sigue ante la CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA, signado con el Expediente 241-2023-CCL, con fecha de inicio 11 de mayo del año 2023, siendo notificados el 03 de julio del 2023, razón por la cual no procede entregarla.

En cuanto a la información, solicitada a través de la carta Nro. 025-2023-AVRAE ingresada a nuestra entidad el 19 de setiembre del 2023, por la cual requiere información utilizada para determinar el porcentaje de crecimiento de clientes para nuevos suministros de los últimos 4 años (2021, 2020, 2019,2018) para los servicios comerciales Valle Sagrado y Quispicanchi, y que deba contener como mínimo lo siguiente:

- a) fórmula utilizada para determinar la tasa de crecimiento o porcentaje,*
- b) data utilizada,*
- c) data utilizada por cada actividad según las bases CP-040-2022-ELSE (de las 58 actividades),*
- d) cuanto ha sido su registro de los años 2021, 2020, 2019, 2018 por cada actividad por rubro.*

Debemos precisar que, la información requerida y tal como lo reconoce el solicitante en su carta de solicitud de información Nro. 025-2023-AVRAE, se encuentra vinculada directamente al requerimiento contenido en los términos de referencia del CP-040-2022- ELSE, del cual deriva el contrato Nro. 90-2022 suscrito con la empresa AVRAE S.R.L. para la prestación de servicios comerciales en nuestros sectores de Valle Sagrado y Quispicanchis, el mismo que a la fecha se encuentra resuelto, generando una controversia que ha sido sometida a un arbitraje que aún no ha concluido.

Es necesario indicar que la información solicitada será utilizada para determinar el porcentaje de crecimiento de clientes para nuevos suministros en los últimos 4 años, data con la cual pretendería el solicitante, elaborar su estrategia de defensa dentro del proceso arbitral, que se tiene en marcha y que podría afectar la defensa legal de nuestra entidad.

Por lo que precisamos que dicha información se encuentra dentro de la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 17 de la LEY DE TRANSPARENCIA que señala, que es información confidencial, la información preparada u obtenida por y cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa de un proceso administrativo o judicial o de cualquier tipo de información. Esta excepción termina al concluir el proceso.

Como se ha mencionado, se ha cumplido en justificar la necesidad de mantener en reserva la información solicitada, por cuanto su revelación podría afectar la defensa de nuestra entidad en el proceso arbitral antes señalado y que se encuentra en trámite ante la Cámara de Comercio de Lima, signado con el Expediente 241-2023-CCL, siendo la principal pretensión de nuestra entidad la declaración de nulidad o ineficacia de la Resolución del contrato declarada por el contratista y la declaración de que el contratista ha incurrido en causales de resolución que motivan la Resolución de contrato por causa atribuible a él.

Con relación a la presente controversia, hemos cumplido con indicar correctamente el aludido procedimiento arbitral en el que la documentación solicitada se encuentra inmersa, toda vez que hemos señalado el número del expediente arbitral, el mismo que se encuentra en la etapa postulatoria, conforme se tiene del reporte del estado del proceso arbitral que se adjunta al presente.

*En ese contexto, acreditamos que la información solicitada está vinculada a la controversia derivada de la resolución del Contrato N° 90-2022 suscrito con la empresa AVRAE S.R.L. (Concurso Público Nro. CP-040-2022-ELSE), que consideramos corresponde a una actuación arbitral que se encuentra dentro del ámbito de protección de confidencialidad contemplado en el artículo 51 del Decreto Legislativo 1071; y, por ende, en la excepción al acceso a la información pública establecida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y cuya **actuación arbitral y el laudo serán públicos una vez que haya concluido el proceso arbitral**".*

II. ANÁLISIS

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

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

Por su parte, el artículo 10 del mismo texto señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Asimismo, precisa el referido artículo que, para los efectos de dicho cuerpo legal, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

Cabe anotar 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.

Mientras tanto, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial.

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

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

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

2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la información solicitada se encuentra protegida por la excepción al derecho de acceso a la información pública contemplada en numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

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

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

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

Sobre el particular cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que *“De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.”* (Subrayado agregado)

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

“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, 4 la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.” (Subrayado agregado)

Dentro de ese contexto, el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, en tal sentido, efectuando una interpretación contrario sensu, es perfectamente válido inferir que la administración pública tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella que se encuentra obligada a contar.

En el caso de autos, la recurrente solicitó a la entidad la entrega de los informes del porcentaje de crecimiento de clientes para nuevos suministros de los últimos 4 años, conforme lo detallado en la parte de antecedentes de la presente resolución. En tanto, la entidad denegó la referida solicitud alegando que la información requerida se encuentra protegida por la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; ante ella, la recurrente presentó a esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, al señalar que la información requerida se generó antes del proceso arbitral, asimismo señaló que dicha información no fue generada por los abogados o asesores jurídicos, además precisó que la información requerida ya fue publicada en los términos de referencia en el procedimiento de selección de Concurso Público Nro. 040-2022-ELSE. La entidad en sus descargos reiteró lo señalado en la respuesta a la solicitud.

Siendo ello así, corresponde a este colegiado determinar si la información solicitada se encuentra protegida por la excepción prevista en numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

- **Con relación a las excepciones contenidas en los artículos 15 al 17 de la Ley de Transparencia:**

Sobre el particular, es preciso mencionar que cuando la Ley de Transparencia establece excepciones para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, éstas causales deben ser debidamente motivadas y acreditadas, puesto que estamos frente a una limitación de un derecho fundamental.

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

“(...)

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

En ese sentido, es importante indicar que con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley, concordante con el primer párrafo del artículo 18 de la misma norma, el cual señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

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

“(...)

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

Al respecto, corresponde que las entidades de la Administración Pública motiven en los hechos y en el derecho las razones por las que dicha información debe ser considerada secreta, reservada o confidencial, conforme lo exige la jurisprudencia antes citada, no bastando únicamente con la mera invocación del articulado correspondiente a las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

- **Respecto a la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia:**

En esa línea, cabe señalar que la entidad indicó como argumento para denegar lo solicitado por el recurrente la excepción al derecho de acceso a la información pública consagrada el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, lo cual fue reiterado a través de sus descargos.

Siendo así, es preciso señalar que, para efectos de realizar un análisis respecto al dispositivo legal invocado por la entidad para denegar la solicitud del recurrente, se debe precisar el contenido del numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el cual prescribe lo siguiente:

*“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:*

(...)

4. *La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso. (...).”*

Ahora bien, con relación a la excepción al derecho de acceso a la información pública invocada por la entidad, respecto al numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05549-2015-PHD/TC, lo siguiente:

“(...)

7. *A criterio de este Tribunal, dicho límite será entendido correctamente desde una interpretación tuitiva del derecho invocado, como corresponde ante solicitudes de información de documentación emitida o actuada al interior de procesos judiciales o arbitrajes en trámite, que en cada caso se señale y evalúe si lo solicitado, al ser entregado, revelaría la estrategia legal desarrollada por los letrados a cargo de la defensa de los intereses de las entidades públicas, pues la distinción casuística asegura que el ciudadano pueda fiscalizar el actuar del Estado.” (subrayado agregado)*

En ese sentido, el supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia exige el cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos:

1. La existencia de cierta información que haya sido creada o se encuentre en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis o recomendaciones, entre otros;
2. Que la información haya sido elaborada u obtenida por los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;
3. Que la información corresponda a una estrategia de defensa de la entidad; y,
4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

En cuanto al primer requisito el mismo se satisface por la existencia de un documento que haya sido creado o se encuentre en posesión de la entidad, en el cual se encuentren análisis, recomendaciones o sugerencias que puedan configurar o ayuden a configurar la estrategia que vaya a adoptar la entidad en el seno de un procedimiento administrativo o judicial.

En esa línea, no basta lo antes mencionado para considerar que dicha información deba ser calificada como confidencial, puesto que la excepción no se configura sobre cualquier tipo de información, sino que ésta debe necesariamente corresponder a una estrategia de defensa de la entidad; es decir, el documento requerido debe ser susceptible de revelar la aludida estrategia de defensa.

Asimismo, dicha información no debe haber sido elaborada u obtenida por cualquier funcionario de la Administración Pública, sino que la norma exige que esta haya sido creada u obtenida específicamente por un asesor jurídico o un abogado de la entidad; es decir, requiere de una cualidad especial de quien haya elaborado u obtenido la información que es materia del requerimiento.

Del mismo modo, no basta que exista la referida información, obtenida por asesores jurídicos o abogados de la entidad y que corresponda a una estrategia de defensa, sino que la ley exige la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, en el cual se pueda desplegar, aplicar y desarrollar dicha estrategia. Ello es así toda vez que la parte final de la referida norma señala expresamente que la confidencialidad de dicha información termina cuando el procedimiento concluye.

Finalmente, es importante precisar que cuando la norma hace alusión a *“información cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial”*, el objeto de la confidencialidad está centrado en los documentos en virtud a los cuales se elabora una estrategia de defensa, esto es, los informes, ayudas memoria, análisis, recomendaciones, proyectos de escritos, entre otros, que pueden servir como insumo para la elaboración de la versión final del documento que finalmente se presenta en el marco de un proceso judicial.

Dicha confidencialidad, sin embargo, no alcanza al documento en virtud del cual la entidad presenta su pretensión y sus fundamentos ante un órgano administrativo o jurisdiccional, es decir, las demandas, denuncias, alegatos, recursos, entre otros, en la medida que en dicho caso la estrategia de defensa ya ha sido evidenciada con su presentación.

En ese sentido, los actuados obrantes en un expediente que conserva la entidad en el cual se replica casi la integridad de las piezas correspondientes a una demanda promovida por esta, no constituye en sí mismo parte de una estrategia de defensa cuya confidencialidad se encuentra protegida por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sino que los mismos constituyen una posición ya propuesta por la entidad ante un órgano jurisdiccional o administrativo la cual ya ha sido formalmente presentada ante la instancia correspondiente.

Siendo esto así, cabe señalar que la entidad tanto en la respuesta a la solicitud como en sus descargos ha manifestado que la información solicitada

se encuentra protegida por la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, alegando que subsiste un proceso arbitral contra la recurrente; sin embargo, la entidad no ha acreditado que la información solicitada contenga análisis, recomendaciones o sugerencias que puedan configurar o ayuden a configurar la estrategia que vaya a adoptar la entidad, así como tampoco las razones por las que dicha información contiene una estrategia de defensa con las condiciones contempladas en el numeral 4 del artículo 17 invocado.

De otro lado, la entidad en sus descargos ha señalado que dicha información permitiría al solicitante elaborar su estrategia de defensa; sin embargo, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia no incluye dicha información dentro de su ámbito de protección, sino más bien aquella que corresponde a las estrategias de defensa de la entidad.

De igual modo, la entidad no ha acreditado que dicha información previa a la instauración del arbitraje haya sido incorporada al proceso arbitral respectivo, como actuación arbitral, para efectos de que pueda ser aplicable la causal contemplada en el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071.

Adicionalmente a ello, cabe precisar que la información solicitada fue generada para el proceso de selección de Concurso Público Nro. 040-2022-ELSE, tal como se ha expuesto en la presente resolución. Siendo esto así, se tiene que la entidad no ha sustentado ni acreditado de manera categórica que la información solicitada reúna las condiciones requeridas para ser considerada dentro del ámbito de la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe señalar que en caso dentro información solicitada por el recurrente pueda existir información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, como de manera ilustrativa, datos personales relacionados con el numeral 5 del artículo 17 del mismo cuerpo legal. En ese contexto, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 6 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, analizó la entrega de la ficha personal de una servidora pública, documento que contiene información de carácter público como son los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas, así como datos de carácter privado entre otros los datos de individualización y contacto, siendo posible tachar éstos últimos y 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)*

En atención a lo expuesto, cabe destacar que en caso de existir en un documento información pública y privada, esta última debe separarse o tacharse a fin de facilitar la entrega de la información pública que forma parte del documento, ello acorde con el artículo 19⁵ de la Ley de Transparencia.

Dentro de este marco, si bien es cierto la entidad tuvo la posibilidad de justificar de manera razonable la motivación y supuestos específicos en los que a su criterio la información requerida cumple con la condición de protegida, cabe la posibilidad de que parte de la documentación solicitada pueda ser considerada incurso en las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, por lo que corresponde que se otorgue una respuesta motivada, clara y precisa al recurrente respecto del sustento en los hechos y en el derecho de dicha protección, ajustada al marco legal vigente, procediendo a otorgar la información pública requerida, salvaguardando aquella protegida, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado y ordenar a la entidad que proceda entregar al recurrente únicamente la información pública correspondiente⁶, tachando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

Finalmente, de conformidad con los artículos 30 y 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.

⁵ "Artículo 19.- Información parcial

En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento".

⁶ 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.

Por los considerandos expuestos⁷ 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:

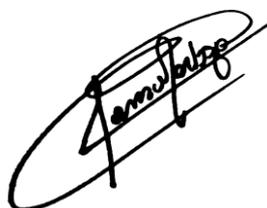
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **AVRAE S.R.L.**; en consecuencia, **ORDENAR** a **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** que proceda entregar al recurrente la información solicitada, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **AVRAE S.R.L.**

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

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **AVRAE S.R.L.** y a **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

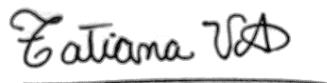
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



LUIS GUILLERMO AGURTO VILLEGAS
Vocal
vp: uzb



TATIANA AZUCENA VALVERDE ALVARADO
Vocal

⁷ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.