



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020304472020

Expediente : 00996-2020-JUS/TTAIP
Recurrente : **MARIANA MALLEA QUIROZ**
Entidad : **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 6 de noviembre de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00996-2020-JUS/TTAIP de fecha 25 de setiembre de 2020, interpuesto por **MARIANA MALLEA QUIROZ** contra los Oficios N° 1648-2020-EF/45.01 y 1649-2020-EF/45.01¹ notificados al correo electrónico de la recurrente con fecha 11 de setiembre de 2020, a través de los cuales el **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS** denegó sus solicitudes de acceso a la información pública presentadas con Registros N° SOLI-2020-32424442 y SOLI-2020-32424444 de fecha 10 de agosto de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de agosto de 2020, la recurrente solicitó la remisión a su correo electrónico de la siguiente información:

Mediante solicitud con Registro N° SOLI-2020-32424442, requirió:

“SOLICITO POR FAVOR, COPIA DE LOS SIGUIENTES OFICIOS: 1- OFICIO SICRECI 135-2017-EF/CE.36 2- OFICIO SICRECI 279-2017-EF/CE.36”

Mediante solicitud con Registro N° SOLI-2020-32424444, requirió:

“SOLICITO POR FAVOR, COPIA DEL OFICIO NRO. 178-2018-EF/CE.36”

Por su parte, con fecha 11 de setiembre de 2020, la entidad remitió al correo electrónico² de la recurrente los Oficios N° 1648-2020-EF/45.01 y 1649-2020-EF/45.01, ambos de

¹ Cabe precisar que dichos oficios contienen los siguientes documentos: a) Memorando N° 077-2020-EF/32 de fecha de fecha 11 de setiembre de 2020; b) Memorando N° 248-2020-EF/62.01 de fecha 11 de setiembre de 2020; y, c) Informe N° 045-2020-EF/CE.32 de fecha 10 de setiembre de 2020.

² Cabe precisar que no consta en autos el correo electrónico por el cual la entidad remite los Oficios N° 1648-2020-EF/45.01 y 1649-2020-EF/45.01 que son objeto de impugnación, por lo que se presume cierta la fecha de notificación afirmada por la recurrente en su Recurso de Apelación, de conformidad con lo dispuesto 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: **“Principio de**

fecha 11 de setiembre de 2020, emitidos por la Directora General de la Oficina General de Servicios al Usuario, a través de los cuales denegó la información requerida, señalando en ambos documentos que la información es confidencial de acuerdo a los numerales 1 y 4 del artículo 17 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-JUS³.

Asimismo, es oportuno precisar que la entidad sustentó su negativa en el Informe N° 045-2020-EF/CE.32 de fecha 10 de setiembre de 2020, emitido por la “*Secretaría Técnica de la Comisión Especial – Ley N° 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión*”⁴, en el cual señala que el literal a) del artículo 2 de la Ley N° 28933, que crea el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión⁵, ha dispuesto que dicho sistema tiene por objeto estandarizar y optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las Controversias Internacionales de Inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención, añadiendo que conforme a su artículo 4 los integrantes del SICRECI son los siguientes: el Coordinador del Sistema (Ministerio de Economía y Finanzas), la Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión (“Comisión Especial”); y, todas las entidades públicas que suscriban acuerdos de inversión o que representen al Estado peruano en la suscripción de Tratados en materia de inversión.

Asimismo, en dicho informe reiteró que la información requerida tiene carácter confidencial conforme a lo dispuesto por los incisos 1 y 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; agregando que los artículos 17, 18 y 19 del Reglamento de la Ley N° 28933, aprobado por el Decreto Supremo N° 125-2008-EF, establecen como obligación de la Comisión Especial mantener estricta confidencialidad respecto de la información producida u obtenida por asesores jurídicos o abogados, con ocasión de la representación del Estado peruano, los mismos que serán de su exclusiva competencia.

Finalmente, señaló -entre otras cosas- lo siguiente:

“13. Las Empresas (...) el 30 de agosto de 2019 presentaron una Solicitud de Arbitraje ante el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”). La Secretaría General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje el 19 de septiembre de 2019, asignando al caso la identificación Caso CIADI N° ARB/19/28. Este caso se encuentra pendiente de resolución a la fecha.

14. En el contexto del proceso deliberativo y consultivo de la Comisión Especial, en la etapa de negociaciones de trato directo de una controversia que se encuentra dentro del ámbito de aplicación del SICRECI, se generó información que contiene consejos, recomendaciones y opiniones relacionadas a dicho caso. En el marco de sus funciones y considerando la controversia en curso iniciada por las Empresas, la Comisión Especial determinó y acordó los pasos a seguir sobre la presente controversia. Es así que la Comisión Especial elaboró los citados oficios los cuales contienen información

presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario. (subrayado agregado). Asimismo, se toma en cuenta lo dispuesto en el numeral 1.6 del mismo dispositivo legal: “**Principio de informalismo.-** Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.” (subrayado agregado)

³ En adelante, Ley de Transparencia.

⁴ En adelante, Ley N° 28933.

⁵ En adelante, SICRECI.

sobre las acciones y consideraciones que se llevaron a cabo al interior del Estado y con las Empresas, en el contexto de la defensa legal del Estado peruano en la controversia iniciada, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 28933. Es importante resaltar que ninguno de los oficios mencionados son documentos que se han hecho públicos.

(...)

17. Es importante resaltar que la mencionada controversia con las Empresas, ahora en el proceso arbitral Caso CIADI N° ARB/19/28, se encuentra en curso. En ese procedimiento las Empresas presentan alegaciones que se refieren a las acciones adoptadas por entidades públicas. Siendo esto así, cualquier divulgación de tal información afectaría seriamente la consecución de los objetivos de la representación del Estado peruano y compromete su adecuada defensa a cargo de la Comisión Especial, en casos en los que se discute una contingencia económica significativa.”

Con fecha 25 de setiembre de 2020, la recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis alegando que los documentos solicitados no se encuentran protegidos por las excepciones invocadas, y que los mismos tienen carácter público ya que los Oficios N° 135-2017-EF/CE.36 y N° 279-2017-EF/CE.36 han sido citados en la Resolución Ministerial N° 543-2017-MEM/DGE de fecha 29 de diciembre de 2017; y, el Oficio N° 178-2018-EF/CE.36 en la Resolución Ministerial N° 251-2018-MEM/DM de fecha 28 de junio de 2018.

Mediante la Resolución N° 020104422020⁶ se admitió a trámite el citado recurso de apelación, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada y la formulación de sus descargos. En atención a ello, la entidad presentó sus descargos a través del Oficio N° 2047-2020-EF/45.01, ingresado a esta instancia con fecha 5 de noviembre de 2020, reiterando lo expuesto en la respuesta emitida a través del Informe N° 045-2020-EF/CE.32; y, además añadió que el Oficio N° 178-2018-EF/CE-36 indica textualmente que la documentación solicitada califica como información confidencial por tratarse de deliberaciones internas de un caso en curso, es decir el reclamo de las empresas bajo el APC Perú-EEUU.

Añadió que el proceso arbitral se encuentra vinculado al Caso CIADI N° ARB/19/28, que actualmente se encuentra en curso, por tanto, en virtud del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, modificado mediante el Decreto de urgencia N° 020-2020⁷, dicha información se encuentra dentro de la excepción establecida en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

De la misma forma, resaltó que la recurrente trabaja en el Estudio de Abogados Olaechea, el cual representa a las empresas que son parte en el arbitraje iniciado en contra del Estado peruano.

De otro lado, de autos se aprecia que mediante Memorándum N° 094-2020-EF/32, la entidad señala que a través del enlace virtual <https://drive.google.com/drive/folders/1t6nNL7tpNwqh2rSPfBI-zEqCUTaOSloK?usp=sharing>, este Colegiado podrá tener acceso a los oficios objeto de la solicitud.

⁶ Resolución de fecha 20 de octubre de 2020, notificada a través del correo electrónico mesadepartes@mef.gob.pe el día 30 de octubre de 2020, con confirmación de recepción de la misma fecha a horas 9:18, ingresada con Hoja de Ruta N° 122725-2020, 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.

⁷ En adelante, Decreto Legislativo N° 1071.

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 de la Ley de Transparencia, 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; asimismo, para los efectos de la referida 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, 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 debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley.

A su vez, el numeral 1 del artículo 17 de la misma norma señala que el derecho de acceso a la información pública tiene como excepción: *“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.”*

Por su parte, el numeral 4 del citado artículo de la referida ley, señala que constituye una excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información, aquella que es *preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto a su asesorado.*

Asimismo, el numeral 6 artículo 17 señala que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por la recurrente se encuentra protegida por las excepciones previstas en los numerales 1, 4 y 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

a) Sobre la información solicitada.

Sobre el particular, en principio, 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”.

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

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

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

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

En el caso de autos, la recurrente solicitó copia de i) Oficio SICRECI N° 135-2017-EF/CE.36, ii) Oficio SICRECI N° 279-2017-EF/CE.36; y, iii) Oficio N° 178-2018-EF/CE.36.

Por su parte, la entidad remitió a la recurrente el correo electrónico de fecha 11 de setiembre de 2020, y adjunto al mismo los Oficios N° 1648-2020-EF/45.01 y 1649-2020-EF/45.01, a través de los cuales denegó la información requerida, haciendo referencia que de acuerdo a los incisos 1 y 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, la información requerida tiene carácter confidencial. Adicionando que los artículos 17, 18 y 19 del Reglamento de la Ley N° 28933 establecen la obligación de la Comisión Especial de mantener estricta confidencialidad respecto de la información producida u obtenida por asesores jurídicos o abogados, con ocasión de la representación del Estado peruano, los mismos que serán de su exclusiva competencia.

b.1) Respecto a la aplicación de la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la ley de Transparencia.

Sobre el particular, de acuerdo al Informe N° 045-2020-EF/CE.32 y los descargos efectuados, la entidad señala que los oficios requeridos por la recurrente contienen información producida como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la adopción de una decisión de gobierno, en la medida que se refiere a la etapa de negociaciones vía Trato Directo que mantiene la Comisión Especial, en relación con una controversia que fue iniciada por las empresas Latam Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L.⁸. Además, señaló que el Oficio N° 178-2018-EF/CE-36 indica textualmente que esa comunicación califica como información confidencial por tratarse de deliberaciones internas de un caso en curso, es decir el reclamo de las Empresas bajo el APC Perú-EEUU.

Al respecto, según el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, 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

⁸ En adelante las Empresas.

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.”

En ese sentido, 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 (…)”⁹ (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 (…)”¹⁰ (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

⁹ 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: 6 de noviembre de 2020.

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho administrativo”. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, página 119.

de gobierno, ya sea de aquella información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones, salvo que dicha información sea pública.

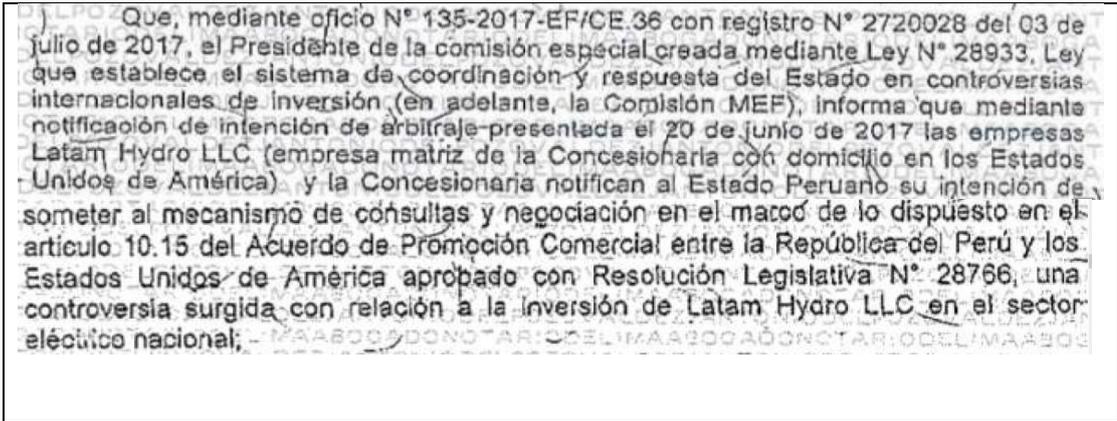
2. El segundo párrafo, establece que, culminado el proceso deliberativo y consultivo, con la emisión de la decisión de gobierno, la excepción de confidencialidad cesa, siempre y cuando, la entidad de la Administración Pública haga referencia en forma expresa a los consejos, recomendaciones u opiniones.

En ese sentido, para que se configure la aludida causal no es suficiente pues aducir que existe un proceso deliberativo en curso, sino que es necesario establecer si la información solicitada contiene consejos, recomendaciones u opiniones relativos a la adopción de la decisión, y que dicha decisión tenga la característica de una “decisión de gobierno”.

Al respecto, de autos se evidencia que la entidad omitió acreditar que la documentación solicitada contenga consejos, recomendaciones u opiniones previos a una decisión de gobierno, así como cuál era específicamente la decisión de gobierno que está pendiente de adoptarse, supuestos que debía motivar para sustentar la confidencialidad de la información solicitada por la recurrente.

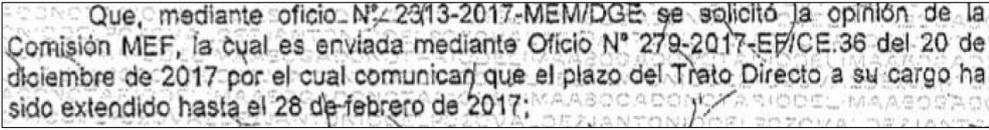
Por otro lado, es importante precisar que la recurrente adjuntó al recurso de apelación materia de análisis la Resolución Ministerial N° 543-2017-MEM/DM de fecha 29 de diciembre de 2017, emitido por el Ministerio de Energía y Minas, en que se hace mención a los Oficios N° 135-2017-EF/CE.36 y N° 279-2017-EF/CE.36, conforme se aprecia de las siguientes imágenes:

Respecto del Oficio N° 135-2017-EF/CE.36



Que, mediante oficio N° 135-2017-EF/CE.36 con registro N° 2720028 del 03 de julio de 2017, el Presidente de la comisión especial creada mediante Ley N° 28933, Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión (en adelante, la Comisión MEF), informa que mediante notificación de intención de arbitraje presentada el 20 de junio de 2017 las empresas Latam Hydro LLC (empresa matriz de la Concesionaria con domicilio en los Estados Unidos de América) y la Concesionaria notifican al Estado Peruano su intención de someter al mecanismo de consultas y negociación en el marco de lo dispuesto en el artículo 10.15 del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos de América aprobado con Resolución Legislativa N° 28766, una controversia surgida con relación a la inversión de Latam Hydro LLC en el sector eléctrico nacional;

Respecto del Oficio N° 279-2017-EF/CE.36



Que, mediante oficio N° 279-2017-EF/CE.36 se solicitó la opinión de la Comisión MEF, la cual es enviada mediante Oficio N° 279-2017-EF/CE.36 del 20 de diciembre de 2017 por el cual comunicar que el plazo del Trato Directo a su cargo ha sido extendido hasta el 28 de febrero de 2017;

Asimismo, adjuntó la Resolución N° 251-2018-MEM/DM de fecha 28 de junio de 2018, la cual hace referencia al Oficio N° 178-2018-EF/CE.36, conforme a lo siguiente:

Respecto del Oficio N° 178-2017-EF/CE.36

Que, mediante Oficio N° 178-2018-EF/CE.36 con registro N° 2829325 del 26 de junio de 2018, la Comisión Especial informa que ha acordado con Latam Hydro LLC y la Concesionaria la prórroga del periodo de trato directo relacionado a la notificación de Intención de arbitraje, hasta el 30 de setiembre de 2018;



De la lectura de las citadas resoluciones, se colige lo siguiente:

- a) Mediante el Oficio N° 135-2017-EF/CE.36 de 3 de julio de 2017 (solicitado por la recurrente) la entidad informa al Ministerio de Energía y Minas que las Empresas han notificado su intención de someter al mecanismo de consultas y negociación una controversia surgida con relación a la inversión de la empresa Latam Hydro LLC en el sector eléctrico nacional; por lo cual con fecha 21 de julio de 2017 se suscribe un Acta de Trato Directo por el cual el Ministerio de Energía y Minas y la empresa CH Mamacocha SRL deciden suspender el Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) correspondiente al proyecto Central Hidroeléctrica Laguna Azul (hoy denominado Central Hidroeléctrica Mamacocha), suspensión que se aprueba mediante Resolución Ministerial N° 356-2017-MEM/DM.
- b) Mediante el Oficio N° 279-2017-EF/CE.36 del 20 de diciembre de 2017 (solicitado por la recurrente) la entidad remite la opinión de la Comisión Especial solicitada mediante el Oficio N° 2313-2017-MEM/DGE, y comunica al Ministerio de Energía y Minas que el plazo del trato directo referido anteriormente ha sido extendido hasta el 28 de febrero de 2018; por lo cual mediante Resolución Ministerial N° 356-2017-MEM/DM se aprueba prorrogar la suspensión del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) hasta el 28 de febrero de 2018.
- c) Mediante el Oficio N° 178-2018-EF/CE.36 del 26 de junio de 2018 (solicitado por la recurrente) la entidad informa al Ministerio de Energía y Minas que ha acordado con las Empresas la prórroga del periodo de trato directo hasta el 30 de setiembre de 2018, por lo cual mediante Resolución Ministerial N° 251-2018-MEM/DM se aprueba prorrogar la suspensión del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) hasta el 30 de setiembre de 2018.

En este contexto, esta instancia considera que los citados oficios constituyen actuaciones administrativas por medio de los cuales la entidad remitió información al Ministerio de Energía y Minas sobre el pedido realizado y los acuerdos adoptados con las Empresas, así como una opinión requerida a la Comisión Especial; siendo que luego de ello el Ministerio de Energía y Minas aprobó tres Resoluciones Ministeriales que resolvieron suspender y prorrogar la suspensión, respectivamente, del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

En ese sentido, la comunicación de los pedidos o acuerdos con las Empresas no permite afirmar que los oficios requeridos contengan consejos, recomendaciones

u opiniones, ni que éstos sirvieron de base para la adopción de alguna decisión de gobierno. Además, en el caso específico del Oficio N° 279-2017-EF/CE.36 no se ha acreditado que la opinión que contendría ha servido de base para la adopción de alguna decisión; siendo que la entidad tampoco ha justificado en qué medida la decisión de suspender o prorrogar el mencionado contrato en el marco de una negociación de Trato Directo con las Empresas constituya una decisión de gobierno, por lo que, pese a tener la carga de justificar y acreditar que la información requerida se encontraba protegida por la excepción regulada en el numeral 1 de artículo 17 de la Ley de Transparencia, no ha cumplido con motivar dicha confidencialidad, por lo que corresponde desestimar este argumento de la entidad.

b.2) Respetto a la aplicación de la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la ley de Transparencia.

Sobre el particular, la entidad señaló en el Informe N° 045-2020-EF/CE.32 y en sus descargos remitidos, que los oficios requeridos tratan de 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 en curso, conforme a lo establecido por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia. Añadiendo también, que la mencionada controversia se viene ventilando en el proceso arbitral Caso CIADI N° ARB/19/28.

En dicha línea, es pertinente anotar que el Tribunal Constitucional, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley de Transparencia, respecto a la interpretación restrictiva de las excepciones que, ha resuelto en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, que en virtud del principio de máxima publicidad, *“las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas”*.

Al respecto, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia señala que es información confidencial: “la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial (...)”.

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

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

En tal sentido, este colegiado entiende que para la configuración del referido supuesto de excepción, la norma exige la concurrencia simultánea de los citados

requisitos, siendo evidente que la información en cuestión debe estar contenida en un documento que ha sido creado o se encuentra en posesión de la entidad.

En el presente caso, se aprecia que la entidad no ha demostrado que los documentos requeridos hayan sido obtenidos o elaborados por un asesor jurídico o un abogado de la entidad. Asimismo, la entidad no ha acreditado en qué medida o de qué forma los Oficios N° 135-2017-EF/CE.36, N° 279-2017-EF/CE.36 y N° 178-2018-EF/CE.36 pueden revelar una “*estrategia*” de defensa jurídica de la entidad, o en su defecto, constituya “*información protegida por el secreto profesional*” que debe guardar el abogado de la institución, a pesar de que tiene la carga de la prueba; no siendo suficiente el solo dicho de la entidad.

Además, como ya se mencionó previamente, los citados oficios constituyen actuaciones administrativas por medio de los cuales la entidad remitió información al Ministerio de Energía y Minas sobre el pedido realizado y los acuerdos adoptados con las Empresas, y una opinión requerida, con el objeto de suspender y prorrogar la suspensión vía Trato Directo del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), no apreciándose que esté referida a una estrategia de defensa en el marco de un proceso judicial o administrativo.

Por otro lado, cabe agregar que el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia hace referencia a la estrategia de defensa que se despliega en procedimientos administrativos o judiciales, y no en procesos arbitrales; no siendo posible, de conformidad con el artículo 18 de dicho cuerpo normativo, la interpretación extensiva de las excepciones, es decir, ampliar sus presupuestos.

En consecuencia, conforme se ha señalado anteriormente, la entidad no ha acreditado debidamente la aplicación de la excepción del numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia en este procedimiento recursivo.

b.3) Respecto a la aplicación de la excepción contenida en el numeral 6 del artículo 17 de la ley de Transparencia.

Sobre el particular, la entidad señaló en sus descargos, que la información solicitada se encuentra dentro de las excepciones establecidas en el numeral 6 del artículo 17¹¹ de la Ley de Transparencia, al alegar que el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071 establece la confidencialidad de las actuaciones arbitrales.

Al respecto, cabe precisar que el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071 regula lo siguiente:

"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

¹¹ **Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial**

(...)

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

(...)

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."

A mayor abundamiento, cabe señalar 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)

En ese sentido, el citado artículo 51 establece la confidencialidad de la siguiente información:

- i) El curso de las actuaciones arbitrales, que incluyen el laudo.
- ii) Cualquier información que la entidad conozca a través de las actuaciones arbitrales.

En el presente caso, si bien la entidad ha mencionado que existe un proceso arbitral en trámite (sin adjuntar documentación que acredite el estado del proceso), no ha cumplido con acreditar que la documentación solicitada forme parte de alguna actuación arbitral del citado proceso. Al respecto, la entidad ha señalado que en la página 44 de la solicitud de arbitraje¹² presentada por las empresas en el proceso arbitral se hace referencia expresa a los oficios solicitados; sin embargo, de la lectura de la citada página no se advierte una referencia expresa a la documentación solicitada, siendo que únicamente se indica que la empresa Latam Hydro envió con fecha 20 de junio de 2017 una notificación de intención de someter una reclamación bajo el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos ("Tratado"), y que esto permitió a la citada empresa entrar a negociaciones directas con la Comisión Especial.

Por otro lado, la entidad tampoco ha acreditado que ha conocido la documentación solicitada a través de actuaciones arbitrales correspondientes al proceso arbitral Caso CIADI N° ARB/19/28. Al respecto, se debe puntualizar que

¹² Disponible en el siguiente enlace (consultado con fecha 6 de noviembre de 2020): http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C8053/DS14212_En.pdf

en el presente caso la entidad no ha indicado expresamente cuál es la fecha de inicio de actuaciones arbitrales, habiendo señalado únicamente que con fecha 30 de agosto de 2019 las Empresas presentaron una solicitud de arbitraje ante el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones; siendo que los oficios solicitados fueron emitidos por la entidad con fecha anterior al 30 de agosto de 2019, tal como se indicó previamente.

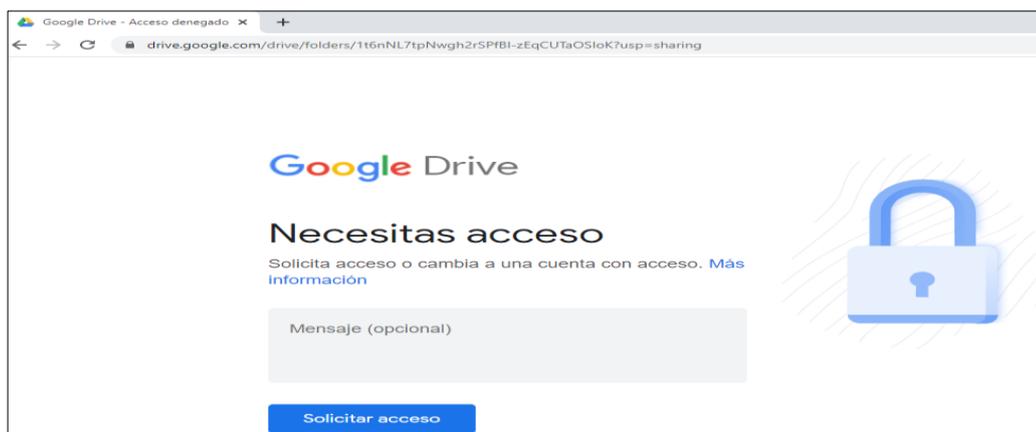
A mayor abundamiento, en el presente caso la entidad no ha acreditado que la documentación solicitada contenga posibles estrategias de defensa de la entidad o de algún operador del Sistema de Defensa Jurídica del Estado; considerando el contenido de la documentación, tal como se expuso previamente.

b.4) Respetto del vínculo laboral de la recurrente y las empresas que son parte en el proceso arbitral CIADI, y el enlace virtual ofrecido.

De autos se aprecia, que la entidad cuestionó el hecho que la recurrente trabaje en el Estudio de Abogados Olaechea, que representa a las empresas que son parte en el arbitraje iniciado en contra del Estado peruano.

Al respecto es oportuno señalar que el primer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, señala que: *“La entidad de la Administración Pública a la cual se solicite información no podrá negar la misma basando su decisión en la identidad del solicitante.”* Siendo ello así, este colegiado considera que la afirmación de la entidad carece de fundamento en el presente extremo.

Finalmente, para acreditar la confidencialidad de los oficios requeridos la entidad ofreció como medio probatorio el enlace virtual <https://drive.google.com/drive/folders/1t6nNL7tpNwgh2rSPfBI-zEqCUTaOSloK?usp=sharing>, a través del cual se podría tener acceso a los oficios objeto de solicitud; sin embargo, es oportuno precisar que fue imposible el acceso a los mismos a través de dicho medio electrónico conforme se aprecia de la siguiente imagen:



En dicha línea, si la entidad consideraba esencial remitir los oficios objeto de la solicitud para apreciar si los mismos encajaban en alguna de las causales de excepción invocadas, era responsabilidad de ésta remitir los mismos de una forma a través de la cual se pueda acceder a su contenido, más aún cuando la entidad remitió sus descargos el último día del plazo que tenía para presentarlos a esta instancia.

b.5) Respeto a la aplicación de los artículos 17, 18 y 19 del Reglamento de la Ley N° 28933.

Sobre el particular, respecto a lo indicado por la entidad respecto de que el Reglamento de la Ley N° 28933 en sus artículos 17, 18 y 19 establece el carácter confidencial de la información solicitada, es pertinente resaltar que el artículo 18 de la Ley de Transparencia, de emisión posterior al reglamento citado por la entidad, señala expresamente que no se puede establecer por norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente ley; en tal sentido, al tratarse de una norma reglamentaria, no resulta aplicable frente al Principio de Publicidad consagrado en la Ley de Transparencia.

En consecuencia, al no haber acreditado la entidad algún supuesto de excepción comprendido en la Ley de Transparencia, la presunción de publicidad se mantiene vigente, por lo que corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que entregue la información pública requerida.

En consecuencia, en virtud de lo dispuesto por los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

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, y el artículo 111 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹³, con el voto singular de la vocal Silvia Vanesa Vera Muelle, que se adjunta;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **MARIANA MALLEA QUIROZ**, **REVOCANDO** lo dispuesto por el **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS** mediante los Oficios N° 1648-2020-EF/45.01 y 1649-2020-EF/45.01; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información pública solicitada por la recurrente, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

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

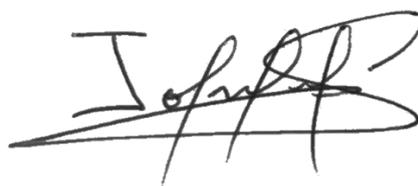
Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MARIANA MALLEA QUIROZ** y al **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

¹³ En adelante, Ley N° 27444.

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



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

VOTO SINGULAR DE LA VOCAL SILVIA VANESA VERA MUELTE

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-JUS¹⁴, 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

¹⁴ **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.

información no se encuentre incurso en algún otro supuesto contemplado en la Ley de 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, como se ha indicado anteriormente, la entidad precisó en los descargos ingresados a esta instancia, particularmente en el Informe N° 063-2020-EF/32 cuyos numerales 21, 22 y 28 señalan que la documentación requerida se encuentra vinculada con un proceso arbitral pendiente de resolución a la fecha, con número de identificación consignado por la Secretaría General del CIADI, N° ARB/19/28, el cual incluye las acciones adoptadas por el Estado dentro de la Etapa de Trato Directo, por lo que revelar dicha información puede afectar el proceso de arbitraje y la integridad de la defensa del Estado; de esta manera, 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 en el presente caso existe un arbitraje en trámite signado con el número N° ARB/19/28, 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.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, si bien es cierto se considera que la información requerida tiene carácter confidencial, corresponderá que la entidad únicamente entregue la información contenida en dichos oficios que la entidad haya hecho público, de ser el caso, por medio de su inclusión en algún otro documento que haya sido difundido o publicado por la referida entidad.

De otro lado, respecto al argumento de la entidad vinculado con las excepciones contempladas en los numerales 1 y 4 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, con excepción de únicamente aquella información que la entidad haya hecho público, conforme a los argumentos señalados en los párrafos precedentes.



VANESA VERA MUENTE
Vocal Presidente