



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

PRIMERA SALA

Resolución N° 010304242020

Expediente : 00133-2018-JUS/TTAIP
Recurrente : **CORPORACIÓN AMBIENTAL ALANCO PERÚ S.A.C.**
Entidad : **INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA -
PROTRANSPORTE**
Sumilla : Declara fundado en parte recurso de apelación

Miraflores, 6 de julio de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00133-2018-JUS/TTAIP de fecha 16 de marzo de 2018, interpuesto por la **CORPORACIÓN AMBIENTAL ALANCO PERÚ S.A.C.**¹, representada por Braulio Iván Álvarez Arnao contra la respuesta contenida en la Carta N° 133-2018-MML/IMPL/ASP/transparencia notificada el 17 de abril de 2018, a través de la cual el **INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA - PROTRANSPORTE**² atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada por la recurrente con fecha 1 de febrero de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 1 de febrero de 2018 la recurrente solicitó el "(...) *se informe si actualmente el Contrato N° 028-2016-MML/IMPL/OGAF ha sido llevado a arbitraje*" y copia simple del "*Expediente Técnico (acto preparatorio, selección y ejecución contractual), incluyendo el Contrato N° 028-2016-MML/IMPL/OGAF y el informe o los informes donde se observan los servicios prestados en la ejecución del contrato mismo*".

Mediante la Carta N° 133-2018-MML/IMPL/ASP/transparencia³, notificada el 17 de abril de 2018, la entidad, en cuanto al primer pedido, confirmó a la recurrente que el Contrato N° 028-2016-MML/IMPL/OGAF se encuentra en Arbitraje. Asimismo, en atención al segundo requerimiento manifestó su denegatoria, alegando su la confidencialidad de la información, en concordancia con el numeral 3 del artículo 51

¹ En adelante, la recurrente.

² En adelante, la entidad.

³ Carta a la que se adjuntó el Informe N° 229-2018-MML/IMPL/OAJ de fecha 10 de abril de 2020. En este punto, cabe mencionar que a través del Memorando N° 306-2018-MML/IMPL/OAJ, de fecha 15 de mayo de 2018, la entidad señaló que hubo un error material en el contenido de la referida carta al consignar la denominación de "Memorando", siendo lo correcto "Informe" para referirse al documento que contiene la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica.

del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje⁴ y el numeral 6 del artículo 17⁵ del Texto Único de la Ley de la Ley N° 27806, al encontrarse en curso un arbitraje entre el Consorcio Metropolitano y PROTRANSPORTE, respecto a la resolución del referido contrato, salvo la información publicada en el SEACE⁶, razón por la cual se declara improcedente su pedido.

Con fecha 7 de mayo de 2018, la recurrente interpuso ante la entidad el recurso de apelación⁷ materia de análisis, alegando que no se le ha proporcionado la información requerida, ni indicado el estado del arbitraje, ante que entidad se está promoviendo y el número de expediente correspondiente.

Mediante Resolución N° 010104132020⁸ se admitió a trámite el recurso de apelación y se solicitó a la entidad el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud, así como, la formulación de sus descargos los cuales fueron presentados a esta instancia en la fecha⁹, señalando que la información requerida se encuentra protegida por el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia al existir en trámite una controversia arbitral, conforme lo dispone el numeral 3 del artículo 51 del 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.

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-JUS¹⁰, 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 del mismo texto dispone que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Añade el cuarto párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo señala que dicha ley no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, ni obliga a las entidades a elaborarlos.

⁴ En adelante, Decreto Legislativo N° 1071.

⁵ La referida excepción a la norma de transparencia se encuentra en la actualidad el en numeral 6 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-JUS.

⁶ Concurso Público N° 005-2016-MML/IMPL/CS.

⁷ Recurso impugnatorio elevado a esta instancia el 16 de mayo de 2018 mediante el Oficio N° 234-2018-MML/IMPL/GG, respecto al extremo relacionado con el "(...) Expediente Técnico (acto preparatorio, selección y ejecución contractual), incluyendo el Contrato N° 028-2016-MML/IMPL/OGAF y el informe o los informes donde se observan los servicios prestados en la ejecución del contrato mismo".

⁸ Resolución de fecha 18 de junio de 2020.

⁹ Argumentos que han sido valorados en atención al Principio de Debido Procedimiento, así como remitido a esta instancia por medios virtuales ante el Estado de Emergencia en el que se encuentra nuestro país.

¹⁰ En adelante, Ley de Transparencia.

Respecto a las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el numeral 6 del artículo 17 de la norma antes citada señala que es información confidencial, aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 18 de la misma ley 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 por 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 requerida se encuentra comprendida en la excepción contemplada en el numeral 6 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”.

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.

Sobre el particular, la recurrente solicitó el “(...) *Expediente Técnico (acto preparatorio, selección y ejecución contractual), incluyendo el Contrato N° 028-2016-MML/IMPL/OGAF y el informe o los informes donde se observan los servicios prestados en la ejecución del contrato mismo*”, siendo que la entidad, en la respuesta dada, no ha cuestionado la posesión de la documentación solicitada, ni mucho menos ha desvirtuado el carácter público de la información sino que alega no poder entregar dichas copias por encontrarse en la causal de excepción contemplada en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y en el numeral 3 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071.

Sobre el particular, el acceso a la documentación en poder de las entidades públicas es la regla, mientras que la reserva es la excepción, conforme al razonamiento expuesto por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05812-2006-HD/TC, en el que señala que:

“(...) un Estado social y democrático de Derecho se basa en el principio de publicidad (artículo 39° y 40° de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. Excepcionalmente el acceso a dicha información puede ser restringido siempre que se trate de tutelar otros bienes constitucionales, pero ello debe ser realizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. (subrayado agregado)

Por ello, las respuestas denegatorias emitidas por entidades públicas a solicitudes de acceso a la información pública deben fundamentar su base legal, el fin legítimo que persiguen, su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad, tal como lo ha expuesto, sobre la base del tratamiento jurídico del derecho de acceso a la información pública en la Constitución Política del Perú y en la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos Jurídicos 29 y 33 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC:

“De lo antes expuesto, entre otras disposiciones constitucionales, se desprende que las excepciones que puedan ser reguladas por el legislador, para ser válidas deben cumplir las siguientes condiciones: i) deben estar previstas en la ley de forma expresa y estricta, no pudiendo quedar al libre arbitrio de cada entidad de la Administración Pública; ii) deben perseguir objetivos legítimos que estén indeliblemente unidos a la protección de un fin constitucional; iii) deben ser estrictamente necesarias lo que implica además elegir la medida menos restrictiva posible; y iv) deben ser proporcionales con el grado de restricción del derecho de acceso a la información pública, de modo que el grado de ventajas o satisfacción del fin constitucional que se quiere proteger con la excepción sea, por lo menos, mayor que el grado de desventajas o restricción del derecho de acceso a la información pública”.

(...) De lo expuesto se desprende cómo el derecho fundamental de acceso a la información pública reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, junto a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, conforman el

parámetro de constitucionalidad que debe servir para identificar las exigencias constitucionales que se derivan de este derecho, así como las estrictas y únicas excepciones que pueden justificar la limitación del acceso a la información pública. Es conforme a dicho parámetro que la Administración Pública no sólo tiene la obligación constitucional de entregar la información que le soliciten los ciudadanos, salvo las aludidas excepciones, sino además aquella otra de efectivizar, incluso oficiosamente, los principios de publicidad y transparencia respecto de tal información” (subrayado añadido).

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, señala la obligación de motivar debidamente las denegatorias, verificando el cumplimiento de las condiciones expuestas anteriormente, corresponde a las entidades públicas.

“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 añadido).

Siendo ello así, corresponde a las entidades públicas que deniegan el acceso a la información pública solicitada por un ciudadano, acreditar debidamente que la aplicación de excepciones tiene un sustento legal y resulta una medida proporcional.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de transparencia señala que “Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley”.

Al respecto, si bien la entidad ha denegado la entrega de lo solicitado alegando su naturaleza confidencial protegida por el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, esta no ha indicado la información o datos sobre los cuales se debe guardar la reserva debida, es decir, la información que se subsuma en el presupuesto contemplado en el referido artículo.

De igual modo, la misma entidad reconoce que mediante la Carta N° 133-2018-MML/IMPL/ASP/transparencia, notificada el 17 de abril de 2018, la información correspondiente al expediente técnico es confidencial: “(…) en concordancia con el numeral 3 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje y el numeral 6 del artículo 17 del Texto Único de la Ley de la Ley N° 27806, al encontrarse en curso un arbitraje entre el Consorcio Metropolitano y PROTRANSPORTE, respecto a la resolución del referido contrato, salvo la información publicada en el SEACE, razón por la cual se

declara improcedente su pedido” (subrayado agregado); es decir, reconoce que la documentación solicitada contiene cuanto menos información parcialmente pública, lo cual evidencia que no existe argumento para denegar la totalidad de la información requerida.

En ese sentido, cabe mencionar respecto a las adquisiciones que realizan las entidades de la Administración Pública que el numeral 3 del artículo 5 de la Ley de Transparencia precisa que éstas establecerán progresivamente de acuerdo a su presupuesto la difusión a través de Internet de las adquisiciones de bienes y servicios que realicen, incluyendo el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos¹¹; asimismo, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 06460-2013-PHD/TC precisa que el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, conforme el siguiente texto:

“8. En la medida que el Estado está al servicio de la ciudadanía cuyos gestores se encuentran obligados a divulgar el sentido de sus decisiones así como sus acciones de manera íntegra y transparente, el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, tanto más en un contexto en el que la ciudadanía percibe que los recursos públicos no son utilizados eficientemente. Y es que tan importante como el control del gasto público que realiza la Contraloría, es el desarrollado por la ciudadanía en aras de su propio desarrollo económico y social”.

De esta manera, es importante señalar que al tratarse de una entidad que forma parte de la Administración Pública y por ende que utiliza recursos públicos, la asignación de estos recursos tiene carácter público, más aún atendiendo a que dicha información es difundida en el portal web de las entidades, en virtud de un mandato legal como el antes detallado.

Asimismo, en los descargos presentados a esta instancia en la fecha, la entidad reiteró que la información requerida se encuentra protegida por el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia al existir en trámite una controversia arbitral, conforme lo dispone el numeral 3 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071; sin embargo, no refirió haber proporcionado a la recurrente la información contenida en el expediente requerido que se encuentra publicada en el SEACE, tal como lo afirmó en la respuesta a la recurrente.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida¹².

De otro lado, es oportuno resaltar que la recurrente ha señalado en su recurso de apelación que la entidad no le ha indicado el estado del arbitraje, ante que entidad se está promoviendo y el número de expediente correspondiente. En ese

¹¹ Artículo 5.- Publicación en los portales de las dependencias públicas
Las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente, de acuerdo a su presupuesto, la difusión a través de Internet de la siguiente información:
(...)

3. *Las adquisiciones de bienes y servicios que realicen. La publicación incluirá el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos.*

¹² Salvaguardando, de ser el caso la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

contexto, la entidad ha señalado en sus descargos que dicha información si fue proporcionada a la recurrente, debido a que se le indicó que se encontraba en trámite ante el Centro de Arbitraje del OSCE en el Expediente N° S-234-2017/SNA-OSCE; sin embargo, se advierte de autos que la solicitud de la recurrente de fecha 1 de febrero de 2018 no contiene dichos requerimientos, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación presentado en dicho extremo.

Finalmente, de conformidad con 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 en aplicación de lo previsto por el artículo 6 y el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses¹³;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación presentado por la **CORPORACIÓN AMBIENTAL ALANCO PERÚ S.A.C.**, contra lo dispuesto en la Carta N° 133-2018-MML/IMPL/ASP/transparencia; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA - PROTRANSPORTE** que entregue la información pública correspondiente al expediente de contratación, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR al **INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA - PROTRANSPORTE** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a la **CORPORACIÓN AMBIENTAL ALANCO PERÚ S.A.C.**

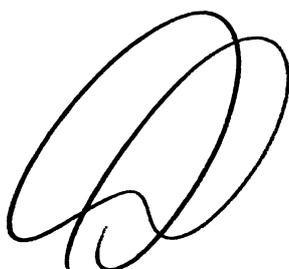
Artículo 3.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por la **CORPORACIÓN AMBIENTAL ALANCO PERÚ S.A.C.**, contra lo dispuesto en la Carta N° 133-2018-MML/IMPL/ASP/transparencia, en el extremo correspondiente a la información respecto al estado del arbitraje, la entidad en la que se lleva a cabo y el número de expediente correspondiente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

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

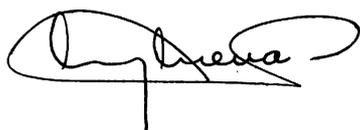
¹³ Que, durante el "Estado de Emergencia Nacional declarado por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación como consecuencia del brote del COVID-19", a través del numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 026-2020, se suspendió por treinta (30) días hábiles el cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo y negativo. Asimismo, mediante los Decretos Supremos N° 76 y 87-2020-PCM, se prorrogó dicha suspensión, la cual que surtió efectos hasta el 10 de junio de 2020.

Artículo 5.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a la **CORPORACIÓN AMBIENTAL ALANCO PERÚ S.A.C.** y al **INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA - PROTRANSPORTE**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

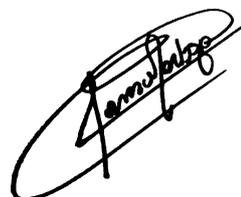
Artículo 6.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal