



Defensoría del Pueblo



Firmado digitalmente por FERNAN ZEGARRA Luisa Nelly Eugenia FAU 20304117142 soft Motivo: Soy el autor del documento Fecha: 15/06/2018 18:04:29 DEFENSORIA DEL PUEBLO

69480



“Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”  
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

Oficio N° 267-2018/DP-PAD

Lima, 15 de junio de 2018

Señor Congresista  
Gilmer Trujillo Zegarra  
Presidente de la Comisión de Descentralización, Regionalización,  
Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado  
Congreso de la República  
Oficina 202 - Segundo Piso - Edificio "Víctor Raúl Haya de la Torre"  
Lima.-

Referencia: Oficio P.O N° 1086-2017-2018/CDRGLMGE-CR (Ingreso 3223)

De mi mayor consideración:

Es grato dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y, a la vez dar respuesta al oficio de la referencia, mediante el cual solicita la opinión de la Defensoría del Pueblo con relación al Proyecto de Ley N° 2404/2017-CR, que propone modificar la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, para garantizar el acceso a información relevante para la lucha contra la corrupción.

Al respecto, adjunto a la presente la opinión elaborada por la Adjunta en Asuntos Constitucionales, en la cual se pronuncia sobre el alcance y viabilidad del mencionado proyecto.

Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para expresarle mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,



*Eugenia Fernán Zegarra*  
Eugenia Fernán Zegarra  
Primera Adjunta (e)





## OPINIÓN DE LA ADJUNTÍA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE PROPONE MODIFICAR LA LEY 27806, LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA<sup>1</sup>

### I. ANTECEDENTES

Mediante Oficio P.O. 1086-2017-2018/CDRGLMGE-CR, el congresista Gilmer Trujillo Zegarra, Presidente de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado, solicita opinión técnica sobre el Proyecto de Ley 2404-2017-CR, que propone modificar la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante LTAIP), para garantizar el acceso a información relevante para la lucha contra la corrupción.

### II. ANÁLISIS DEL PROYECTO

El proyecto de ley tiene por finalidad promover el acceso a información en el marco de la lucha contra la corrupción, al añadir contenidos en los Portales de Transparencia de las Entidades (PTE) de las entidades de la Administración pública. La propuesta legislativa aborda los siguientes puntos:

#### 2.1. Identificación del funcionario responsable de la elaboración, actualización, producción, recopilación, sistematización y entrega de información de los Portales de Transparencia (artículo 5.1 de la LTAIP)

El proyecto de ley propone la incorporación del siguiente texto:

*“La entidad pública identificará con total precisión al funcionario responsable de la elaboración de los portales de internet y de la actualización de sus contenidos, así como a los funcionarios responsables de producir, recopilar, sistematizar y entregar la información que se requiera para dichos fines”.*

Al respecto, debemos precisar que la entidad pública ya se encuentra obligada a precisar el nombre del funcionario/a responsable de los portales de internet, en virtud de lo previsto en el último párrafo del artículo 5 de la TAIP. De igual forma, existe la obligación de identificar al funcionario/a que brinda atención a las solicitudes de acceso a la información pública. El artículo 8 del mismo texto normativo señala que las entidades identificarán, bajo responsabilidad de su máximo representante, al funcionario responsable de brindar información a la ciudadanía, caso contrario las responsabilidades administrativas y penales recaerán en el secretario general de la institución o quien haga sus veces.

Cabe destacar que la Defensoría del Pueblo ha reiterado la importancia de la publicación del nombre del funcionario/a responsable del mantenimiento y actualización de los portales y ha

<sup>1</sup> Para la elaboración del presente documento se contó con la participación del Programa de Descentralización y Buen Gobierno de la Adjuntía para la Administración Estatal de la Defensoría del Pueblo.



señalado las consecuencias negativas que tiene la falta de nombramiento del funcionario/a responsable de atender los pedidos de información<sup>2</sup>.

Por tanto, no encontramos que la modificación propuesta cambie lo que se encuentra ya previsto en los citados artículos 5 y 8 de la LTAIP.

## **2.2. Publicación de información sobre avances de ejecución de obras o servicios y medidas de seguimiento y control (artículo 5.2 de la LTAIP).**

El proyecto de ley propone la incorporación del siguiente texto:

*“La información presupuestal [...] incluye la información sobre los avances trimestrales en la ejecución física de obras o servicios relacionados con proyectos de inversión pública en cualquiera de sus modalidades, así como las medidas de seguimiento y control efectuadas para garantizar su cumplimiento”.*

En ese sentido, se propone precisar que la información sobre presupuestos ejecutados, proyectos de inversión, partidas salariales y beneficios debe incluir datos sobre los avances trimestrales en la ejecución física de obras o servicios relacionados con proyectos de inversión en cualquiera de sus modalidades. Sobre el particular, la Directiva 001-2017-PCM/SGP establece que tanto la información presupuestal como la información sobre proyectos de inversión y procesos de selección y contrataciones directas, se deben actualizar mensualmente.

Por tanto, la regulación vigente ya establece una actualización mensual de la información a ser colgada en el PTE. Consideramos importante la incorporación, ahora a nivel legislativo, de las medidas de seguimiento y control que realice la entidad pública para garantizar su cumplimiento.

## **2.3. Incorporación de informes finales, consultorías e información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno (artículo 5.3 de la LTAIP).**

Finalmente, respecto al artículo 5 de la Ley TAIP, se propone añadir el siguiente texto:

*“Las adquisiciones de bienes y servicios [...]. Esto incluye la información completa contenida en los informes finales, mensuales y otros entregables producidos por consultorías contratadas por el Estado con financiamiento propio o de terceros, así como, 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.”*

---

<sup>2</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial 96. Balance a dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. 2004. Página 81.



Defensoría del Pueblo

Al respecto, consideramos que la propuesta constituye una reforma importante, en tanto permitiría tener información pormenorizada sobre las consultorías que contrata el Estado; lo que facilitaría la búsqueda e identificación de información a la ciudadanía. No obstante, sugerimos se tomen las previsiones necesarias a fin de evitar cualquier posible inconveniente en el funcionamiento del portal, al tener que publicarse información que podría resultar extensa. Ante ello, la Defensoría del Pueblo viene recomendando a la Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros que adopte las medidas correspondientes para mejorar la conectividad y la capacidad del servidor del Estado Peruano.

Adicionalmente, el proyecto de ley plantea la publicación de información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo, previo a la toma de una decisión de gobierno. Al respecto, es importante señalar que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 15-B de la Ley vigente, la información antes descrita es calificada como confidencial pues se trata de documentos que forman parte de una evaluación para arribar a una decisión final, luego de la cual será de pleno acceso público.

Sobre este particular, es preciso señalar que si bien el Tribunal Constitucional no ha generado una amplia jurisprudencia sobre el tema, en la sentencia recaída en el Expediente 4241-2010-PHD/TC estableció que el acta de reunión de trabajo suscrita entre el alcalde y los representantes del Centro Comercial El Hueco, en el marco de un proceso deliberativo, se encontraba dentro de la excepción de confidencialidad. De igual manera, a nivel internacional, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México establece como información reservada la que contenga opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada<sup>3</sup>.

En ese orden de ideas, consideramos que la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 15-B de la LTAIP se sustenta en la protección de la calidad e idoneidad de las decisiones gubernamentales, toda vez que permite que los funcionarios puedan realizar evaluaciones preliminares que coadyuven a una determinación final, por lo que la excepción culminará al emitirse el informe definitivo o al adoptarse la disposición final.

A criterio de esta adjuntía esta excepción está justificada; sin embargo, debe ser aplicada de manera restrictiva por tratarse del límite al ejercicio de un derecho fundamental. Así, deberá ser aplicada únicamente cuando se trate de procesos deliberativos que contengan opiniones o recomendaciones sobre alguna cuestión de política gubernamental cuya divulgación genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a este proceso o a la decisión a ser adoptada.

Por tal motivo, no consideramos pertinente la derogación del numeral 1 del artículo 15-B de la LTAIP que prevé el artículo 3 del proyecto de ley en comento, pues protege razonablemente la información que contiene consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo o consultivo, previo a la toma de una decisión de la entidad pública.

<sup>3</sup> Numeral VIII del artículo 113 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México.





#### 2.4. Incorporación como sujeto obligado a las personas jurídicas que presten servicios de consultoría para cualquier entidad de la administración pública (artículo 9 de la LTAIP).

Respecto del artículo 9, se propone agregar el siguiente texto:

*“Así mismo, las personas jurídicas que presten servicios de consultoría sobre cualquier tema, para cualquier entidad de la administración pública, sea con financiamiento del Estado o de terceros, están obligadas a proporcionar toda la información que sea requerida para el cumplimiento de lo establecido en la presente Ley, en el marco del servicio específico que se encuentren brindando”.*

En principio, la obligación de proporcionar información pública corresponde a todas las instituciones que integran la Administración Pública, esto es, a toda dependencia pública. No obstante, el artículo 8 de la LTAIP señala que las personas jurídicas sujetas al régimen privado<sup>4</sup>, que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad, están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que prestan, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejercen.

Como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, “(...) en lo que respecta al acceso a la información que se encuentra en poder de entes no estatales, es decir, personas jurídicas de derecho privado, no toda la información que posean se encuentra exenta de ser conocida, ya que en atención al tipo de labor que realizan es posible que puedan detentar alguna que sea de naturaleza pública, y por ende susceptible de ser exigida y conocida por el público en general”<sup>5</sup>. En ese sentido, consideramos que el fundamento de esta apertura es el servicio público que brinda o la función administrativa que ejerce la entidad privada (por ejemplo, las universidades privadas, las notarías, así como las empresas que brindan servicios de telefonía, electricidad o transporte, entre otras).

Respecto de la propuesta de reforma legislativa, debemos indicar que ella pretende convertir en sujeto obligado a una entidad privada por prestar servicios de consultoría al Estado, desconociendo que la llamada a entregar la información de interés público es la entidad estatal. Aunado a ello, no prevé que las consultorías también pueden ser realizadas por personas naturales, en cuyo caso también sería la entidad pública la obligada a entregar o publicar la información sobre dicho servicio, y no el sujeto individual.

<sup>4</sup> Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo. Artículo 1.- Ámbito de aplicación de la ley. (...) Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública: 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía. 7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y, 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

<sup>5</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 02636-2009-PHD/TC. Fundamento Jurídico 9.





Defensoría del Pueblo

De otro lado, la fórmula legal planteada no determina con precisión qué tipo de información sería exigida a la entidad privada; por el contrario, emplea términos genéricos como “toda la información que sea requerida para el cumplimiento de lo establecido en la presente ley”. Por último, la exposición de motivos no brinda mayor justificación que sustente la necesidad de incorporar como sujeto obligado a entidades privadas que brinden servicios de consultoría.

En tal sentido, consideramos que son las entidades públicas las obligadas a brindar y publicar la información correspondiente a los servicios de consultorías que reciben, sea financiado o no con presupuesto público. Por ello, discrepamos de este extremo de la propuesta planteada.

**2.5. Inclusión de informes finales, consultorías e información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, como parte del acceso público. (artículo 10 de la LTAIP)**

Respecto del artículo que define la información de acceso público, se pretende añadir:

*“[...] los informes y cualquier otro producto de consultorías desarrolladas para el Estado con financiamiento propio o de terceros, y la documentación que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno.”*

Atendiendo a que la regulación del derecho de acceso a la información pública se inspira en el principio de máxima divulgación, de modo que “toda la información en poder del Estado se presume pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones”<sup>6</sup>, resulta válido explicitar que todo informe o consultoría desarrollados para el Estado constituyen información de acceso al público, sin importar el tipo de financiamiento.

Ahora bien, respecto de los consejos, recomendaciones u opiniones como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, debemos remitirnos a lo señalado ya en el punto 2.3.

**2.6. Incorporación de excepciones a la publicación de información en los Portales de Transparencia Estándar (artículo 21 de la LTAIP).**

En referencia a los mecanismos de publicación, se propone incorporar el siguiente texto:

*“Solo están exceptuadas las entidades ubicadas en localidades en que las condiciones infraestructurales, comunicaciones o demográficas no justifiquen o imposibiliten la*

<sup>6</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Párr. 230. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf)





*Defensoría del Pueblo*

*publicación por dichos medios, en cuyo caso el reglamento establecerá los mecanismos de divulgación pertinentes. [...]”.*

Al respecto, cabe señalar que la Directiva 001-2017-PCM/SGP<sup>7</sup> ya prevé que cuando las entidades de la administración pública no cuenten con infraestructura tecnológica suficiente para implementar el PTE, deben publicar y/o difundir la información mínima exigida legalmente, a través de periódicos murales en sus dependencias u otros mecanismos de difusión que permitan el cumplimiento de la Ley de Transparencia<sup>8</sup>.

En ese sentido, sugerimos que la disposición propuesta no invoque una “excepción” a la publicación de los portales de transparencia, sino que más bien lo regule bajo la figura de “mecanismos alternativos o adicionales”, al ser esta fórmula lingüística más proclive a favorecer el principio de transparencia antes que a limitarlo.

## **2.7. Incorporación de información sobre avance de obras y servicios de consultorías que están siendo desarrollados para la entidad (artículo 22 de la LTAIP).**

Respecto del artículo 22 de LTAIP, el proyecto de ley propone la publicación de información sobre los avances físicos de las obras y servicios relacionados con los proyectos de inversión. Sobre el particular es importante precisar que en el actual formato del Portal de Transparencia Estándar, la información concerniente al avance físico de las obras y servicios, modalidad, estado y monto de los proyectos de inversión, se publicada en el rubro de INFOBRAS.

De igual forma, el proyecto de ley plantea la publicación de los servicios de consultorías que están siendo desarrollados para la entidad, debiéndose precisar el presupuesto total del servicio, el nivel de ejecución, el presupuesto acumulado, cronograma de actividades, así como los entregables que correspondan. Si bien parte de esta información debe estar publicada en el PTE, según la normativa actual, consideramos importante la especificación que plantea el proyecto de ley de cara a que la ciudadanía cuente con información más precisa sobre las consultorías contratadas por las entidades públicas.

## **III. CONCLUSIONES**

Por tales consideraciones, estimamos pertinente y acorde con los principios que inspiran el derecho de acceso a la información pública, las modificaciones propuestas referidas a la identificación de los funcionarios responsables de la elaboración, la actualización y recopilación de información para los portales de internet; así como la incorporación de los avances en la ejecución física de obras o servicios relacionados con proyectos de inversión pública.

<sup>7</sup> Tercera Disposición complementaria final de la Directiva N° 001-2017-PCM/SGP.

<sup>8</sup> Defensoría del Pueblo. Manual para la Difusión de Información Pública mediante Periódicos Murales de Transparencia. Segunda Edición. Lima. Noviembre 2017.





*Defensoría del Pueblo*

De otro lado, en cuanto a exigir información a empresas privadas que brindan servicios de consultoría a entidades públicas, la Adjuntía estima inviable la propuesta en tanto son las entidades públicas las obligadas a brindar y publicar la información correspondiente a los servicios de consultorías que reciben, sea financiado o no con presupuesto público.

Finalmente, respecto de la excepción que reserva la información contenida en opiniones, consejos o recomendaciones en torno a un proceso deliberativo para adoptar una decisión de gobierno, esta Adjuntía estima que si bien la excepción está justificada, debe ser interpretada y aplicada de manera restrictiva.

Lima, 14 de junio de 2018

**José Angel Dávila Córdova**

Comisionado

Adjuntía en Asuntos Constitucionales

**M. ABRAHAM GARCÍA CHÁVARRI**  
Adjunto en Asuntos Constitucionales (a)  
**DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

