



# Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

## Resolución N° 010301922019

Expediente : 00192-2019-JUS/TTAIP  
Impugnante : KALLPA GENERACIÓN S.A  
Entidad : Ministerio de Energía y Minas-MINEN  
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 8 de mayo de 2019

**VISTO** el Expediente de Apelación N° 00192-2019-JUS/TTAIP de fecha 17 de abril de 2019, interpuesto por el ciudadano **GINO ANTONIO SANGALLI DE LOS RIOS**, en representación de **KALLPA GENERACIÓN S.A** contra el Informe N° 015-2019-MEM/DGEE-JCG, notificado el 29 de marzo de 2019<sup>1</sup>, mediante el cual el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS - MINEM** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente el día 25 de marzo de 2019.

### CONSIDERANDO:

#### I. ANTECEDENTES

Con fecha 25 de marzo de 2019, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, KALLPA GENERACIÓN S.A solicitó a la entidad los comentarios y/o aportes que distintos agentes del sector eléctrico - u otros relacionados - hayan presentado con relación al Proyecto de Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, publicado mediante Resolución Ministerial N° 455-2018-MEM-DM, en el cual se propone la modificación del artículo 110 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas para reconocer y determinar Potencia Firme a las centrales de generación eólicas y solares:

Mediante Informe N° 015-2019-MEM/DGEE-JCG, notificado el 29 de marzo de 2019, la entidad denegó la solicitud de acceso a la información pública, argumentando que la información solicitada contiene evaluaciones y recomendaciones que requerirán información expresa y declaración del Ministerio de Energía y Minas en el marco de aprobación de política en materia energética, cuya competencia funcional corresponde a la Dirección General de Eficiencia Energética; por lo que la información solicitada tiene carácter reservado y confidencial conforme las excepciones descritas en los literales a y d del artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley 27608, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 043-2003-PCM<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Notificado mediante correo electrónico

<sup>2</sup> En adelante, Ley de Transparencia.

Con fecha 11 de abril de 2019, el recurrente presentó el recurso de apelación contra el informe N° 015-2019-MEM/DGEE-JCG, alegando que la información solicitada no se subsume dentro de las excepciones señaladas por la entidad, por tanto, no se atendió su solicitud conforme a ley.

Asimismo, mediante Resolución N° 010101792019<sup>3</sup> se admitió a trámite el recurso de apelación y se solicitó a la entidad la formulación de sus descargos, sin que a la fecha haya presentado documentación alguna.

## 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 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.

Por su parte, el literal 1 del artículo 17° del mismo cuerpo normativo, respecto a las excepciones del acceso a información pública, refiere que no podrá ser ejercido respecto a 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.

De similar modo el literal 4 del artículo en mención, considera información confidencial a la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.

### 2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente se encuentra dentro de las excepciones descritas en el literal 1 y 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia;

### 2.2 Evaluación de la materia en discusión

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

<sup>3</sup> De fecha el 19 de abril de 2019.

*“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, estableciendo que *“toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”*. Es decir, establece como regla general la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción.

Sobre el particular, 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.

Ahora bien, para el caso en discusión, la entidad en la respuesta proporcionada a la recurrente se ha limitado a referir que la información solicitada se encuentra dentro de las causales de excepción descritas en los numerales 1) y 4) del artículo 17° de la Ley de Transparencia, al considerarlas como información confidencial; sin embargo no ha descrito que derechos o bienes del Estado se verían afectados con la entrega o difusión de la información pública solicitada; más no ha justificado la clasificación efectuada como tal.

Respecto a la excepción establecida en el numeral del artículo 17° de la Ley de Transparencia, relacionado con la información que contenga consejos, recomendaciones, entre otros, como parte de un proceso deliberativo previo a la toma de una decisión de gobierno, es oportuno señalar lo manifestado por el Tribunal Constitucional, en los Fundamentos 8 y 9 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 00849-2010-PHD/TC señaló lo siguiente:

*“(...) la información requerida por el demandante (el texto del Reglamento Interno de funcionamiento para la calificación de los expedientes precalificados por parte de la Comisión Ejecutiva reactivada por la Ley N° 29059) no se encuentra comprendida en ninguno de tales supuestos, por cuanto se trata de una información que no es utilizada en el marco de una decisión de gobierno de la administración pública (...). Por el contrario, se trata de una información que es empleada por la administración para el ejercicio de una competencia reglada, pues la Comisión Ejecutiva debe cumplir con evaluar los expedientes sometidos a su conocimiento teniendo en cuenta los parámetros establecidos tanto en la Ley N.° 27803 como en la Ley N.° 29059, en cuya Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final se señala justamente que los miembros de la Comisión Ejecutiva son responsables solidariamente por la no información, ocultamiento de información y/o transgresión del debido proceso en la calificación y evaluación de los expedientes”.*  
(subrayado agregado)

Sobre el particular, es pertinente señalar que el artículo invocado por la entidad no establece una excepción de naturaleza absoluta, en cuanto precisa que “*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*”; es decir, la excepción prevista no resulta de aplicación, en los casos que dicha información sea considerada pública.

Siendo esto así, se puede apreciar que se trata de un procedimiento de emisión de normas por parte de la entidad. En cuanto a ello, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha resaltado en el numeral 9 del listado para la toma de decisiones regulatorias<sup>4</sup> la importancia de que todas las partes interesadas tengan la opción de presentar sus puntos de vista, con procedimientos abiertos, transparentes y apropiados para su participación efectiva.

De igual modo, se puede apreciar que se trata de información que ha sido presentada por las partes para enriquecer un debate público y abierto, dentro del marco del ejercicio de una competencia reglada que se encuentra a cargo de la entidad, por lo que corresponde desestimar las alegaciones planteadas por la entidad<sup>5</sup>.

Ahora bien, respecto a la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, es necesario tener en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00937 2013-PHD/TC:

*“Como se puede apreciar el carácter confidencial que la Sunat ha atribuido a la Circular N.º 15-2008-TI no cumple las características que la ley exige para ello, pues el establecimiento de una política general para desincentivar la evasión tributaria no puede ser aparejada como una estrategia de aplicación frente a la posibilidad vaga de instauración de procedimientos administrativos sancionadores, pues la excepción invocada expresamente exige la existencia de una procedimiento administrativo en curso para restringir constitucionalmente información en los términos que alega la emplazada y que han sido detallados en el fundamento 4 supra”*

En esa línea, corresponde a la entidad acreditar el apremiante interés público que justifica la denegatoria del acceso a la información pública, conforme lo exige el Tribunal Constitucional en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, la cual precisa:

*“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*

<sup>4</sup> The OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making (...)

9. Have all interested parties had the opportunity to present their views? Regulations should be developed in an open and transparent fashion, with appropriate procedures for effective and timely input from interested parties such as affected businesses and trade unions, other interest groups, or other levels of government.

Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35220214.pdf>

<sup>5</sup> Es preciso resaltar que el Poder Legislativo, en cuya competencia se encuentra la facultad legislativa, pone en público conocimiento los proyectos de ley, documentos previos como dictámenes, entre otra información propia del procedimiento de emisión de normas.

*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 confirmarse su inconstitucionalidad; y, consecuentemente, la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado".*  
(subrayado agregado)

En ese contexto, el mencionado Tribunal Constitucional ha manifestado que no basta solo con la mención al concepto jurídico que abarca las excepciones, para otorgar dicha calificación a la información que se solicita, conforme ha sido expresado en la sentencia recaída en el Expediente N° 005-2015-PI/TC en el "Caso de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el Sistema de Defensa Nacional" en cuyo Fundamento 33 se precisó lo siguiente:

"(...) Las excepciones son aquellas expresa y únicamente contenidas en los artículos 15, 16 y 17 del TULO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, e incluso dichas excepciones se aplican de modo restrictivo y sólo cuando la Administración ha justificado o motivado su clasificación como secreta, reservada o confidencial. Si no se ha justificado debidamente la respectiva clasificación carece de efectos la sola nominación formal (colocación de sellos con las expresiones "secreto" o "reservado"), debiendo en todo caso ser la última instancia administrativa en materia de transparencia y acceso a la información pública la encargada de examinar si la información calificada de secreta o reservada reviste realmente o no tal carácter.  
(Subrayado agregado).

Sobre el particular, el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia establece que es considerada información confidencial aquella 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. Agrega el citado numeral que esta excepción termina al concluir el proceso.

En cuanto a ello, conforme se advierte del citado texto, la referida excepción exige la configuración de los siguientes requisitos:

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 los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;
3. Que la información corresponde a una estrategia de defensa de la entidad; y,
4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

Ahora bien, siendo que conforme con el citado Principio de Publicidad, toda la información contenida en documentos elaborados, obtenidos o en poder de la Administración Pública se considera pública, la denegatoria del derecho de acceso a dicha información sólo puede sustentarse en las causales de excepción

previstas en la ley, entre otras, el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia.

Siendo ello así, tal como lo dispone el artículo 18° de la referida norma, al constituir las excepciones previstas en la ley una limitación a un derecho fundamental, su interpretación debe realizarse de manera restrictiva.

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.

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

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

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

En esa línea, no hay forma de entender distinto el contenido del numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, pues si la confidencialidad cesa al concluir el procedimiento, resulta evidente que esta confidencialidad se mantiene durante el trámite del procedimiento o proceso respectivo, es decir, al no existir uno pendiente, no se cumple uno de los requisitos constitutivos de la excepción.

En tal sentido, a consideración de este colegiado, para la configuración de la excepción prevista en el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, se requiere necesariamente como presupuesto básico de su aplicación la existencia de un procedimiento administrativo o proceso judicial en trámite, situación que no ha sido acreditada por la entidad para efectos de que se pueda iniciar la evaluación de la aplicación de la excepción, por lo que corresponde desestimar las alegaciones formuladas por la entidad.

En consecuencia, la información solicitada por el recurrente es de naturaleza pública; asimismo, la entidad al invocar la excepción no ha justificado los argumentos que sustentan su decisión, por lo que dicha información debe ser entregada al recurrente.

Finalmente, de conformidad con el artículo 30° 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;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO** el recurso de Apelación N° 00192-2019-JUS/TTAIP de fecha 17 de abril de 2019, interpuesto por el ciudadano **GINO ANTONIO SANGALLI DE LOS RIOS**, en representación de **KALLPA GENERACIÓN S.A**, **REVOCANDO** lo dispuesto en el Informe N° 015 – 2019-MEM/DGEE-JCG emitido por el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS - MINEM**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad efectuar la entrega de la información solicitada al recurrente.

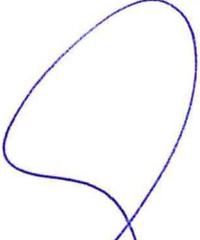
**Artículo 2.- SOLICITAR** al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS – MINEM** a efectos de que en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles acredite la entrega de dicha información a **KALLPA GENERACIÓN S.A.**

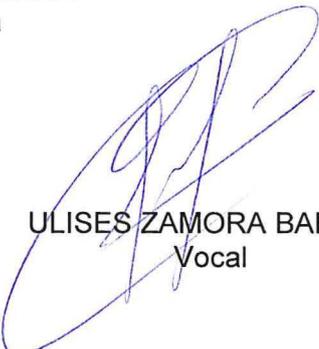
**Artículo 3.- DECLARAR** agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

**Artículo 4.- ENCARGAR** a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al ciudadano **GINO ANTONIO SANGALLI DE LOS RIOS**, en representación de **KALLPA GENERACIÓN S.A** y al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS - MINEM**, de conformidad con lo previsto en el numeral 16.1 del artículo 16° de la norma antes citada.

**Artículo 5.- DISPONER** la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional ([www.minjus.gob.pe](http://www.minjus.gob.pe)).

  
MARÍA ROSA MENA MENA  
Vocal Presidenta

  
PEDRO CHILET PAZ  
Vocal

  
ULISES ZAMORA BARBOZA  
Vocal

vp: uzb

