



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010308582019

Expediente : 00942-2019-JUS/TTAIP
Impugnante : **JOSÉ LUIS DUARTE LIZARZABURU**
Entidad : **ELECTROSUR S.A**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 16 de diciembre de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00942-2019-JUS/TTAIP de fecha 24 de octubre de 2019, interpuesto por **JOSÉ LUIS DUARTE LIZARZABURU** contra la Carta N° GL-1999-2019, notificada el 18 de octubre del presente año, mediante la cual **ELECTROSUR S.A** atendió su solicitud de acceso a la información pública registrada con Número de Expediente 14299/2019 presentada el 30 de setiembre de 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 30 de setiembre de 2019 el recurrente solicitó a la entidad que le informe por escrito *"los nombres y apellidos de agricultores beneficiados y/o asociaciones, con nombre y apellidos de sus representantes, con el D.S N° 134-91-PCM, exclusivamente del año 1993"*.

Mediante la Carta N° GL-1999-2019 notificada el 18 de octubre del presente año, la entidad comunicó al recurrente que luego de realizada la respectiva búsqueda, agotando todos los medios, no cuenta con el detalle de la información requerida, debido a que solo cuenta con información contenida en el Sistema Comercial - SIELSE desde que este inicio operaciones, correspondiente al periodo de febrero de 2015, emitiendo la respuesta de conformidad a la Ley de Transparencia que establece que *"La solicitud de información ni implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuenta (...)"*.

Mediante recurso de apelación presentado ante la referida entidad el 21 de octubre de 2019¹, el recurrente señaló que la información solicitada existe en los archivos de la institución, por lo que no se le está solicitando a la entidad crear o producir información con la que no cuenta, agregando que no es posible que la institución haya destruido todos los archivos físicos.

¹ Recurso impugnatorio y antecedentes remitidos a esta instancia mediante la Carta N° GL-2064-2019 de fecha 24 de octubre de 2019.

Mediante la Resolución N° 010108322019 de fecha 28 de noviembre de 2019², se admitió a trámite el recurso de apelación materia de análisis, requiriendo a la entidad la presentación de los descargos correspondientes, los cuales no han sido remitidos a la fecha a este colegiado.

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, exceptuando las 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-JUS³, 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 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, grabaciones y soporte magnético o digital, entre otros, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, el tercer párrafo del artículo 13° de la norma mencionada, señala 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 este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada”*. Añade el último párrafo que, si el requerimiento de información no hubiere sido satisfecho, la respuesta hubiera sido ambigua o no se hubieran cumplido las exigencias previstas por la ley, se considerará que existió negativa en brindarla.

Asimismo, el artículo 21° de la Ley de Transparencia establece que es responsabilidad del Estado crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. En ningún caso la entidad de la Administración Pública podrá destruir la información que posea.

A su vez, el artículo 3° del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁴, establece que la máxima autoridad de la Entidad tiene la obligación de, entre otros:

- a. *“Adoptar las medidas necesarias, dentro de su ámbito funcional, que permitan garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y el cumplimiento de las obligaciones de transparencia en la Entidad.*
- (...)
- d. *Asegurar que el funcionario responsable de entregar la información de acceso público, así como el funcionario responsable del Portal de Transparencia, tengan las condiciones indispensables para el cumplimiento de sus funciones.*

² Resolución notificada el 9 de diciembre del presente año.

³ En adelante, Ley de Transparencia.

⁴ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

(...)

- g. Disponer, inmediatamente conocidos los hechos, el inicio de las acciones administrativas y/o judiciales para identificar y, de ser el caso, sancionar y exigir las reparaciones que correspondan a los responsables del extravío o la destrucción, extracción, alteración o modificación, indebidas, de la información en poder de la Entidad.
- h. Disponer la inmediata recuperación o reconstrucción de la información afectada por alguna de las conductas antes mencionadas;”. (subrayado nuestro)

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la entidad denegó la información solicitada por el recurrente conforme a lo dispuesto al artículo 13° de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Al respecto, conforme con lo dispuesto por las normas citadas y en aplicación del Principio de Publicidad, toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública contenida en documentos escritos o en cualquier otro formato es de acceso público, por lo que las restricciones o excepciones injustificadas menoscaban el derecho fundamental de toda persona al acceso a la información pública.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, que *“De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas”*.

Asimismo, el sexto párrafo del artículo 13° de la Ley de Transparencia establece que cuando la entidad no localiza información que está obligada a poseer o custodiar, deberá acreditar que agotó las acciones necesarias para obtenerla a fin de brindar una respuesta al solicitante.

Al respecto, la entidad fue creada por la Ley N° 24093 del 28 de enero de 1985 y definida su constitución mediante Resolución Ministerial N° 096-85-EM/DGE del 22 de abril de 1985, cuyos artículos 1° y 2° establecen lo siguiente:

“Artículo 1.- Adiciónese el artículo 133 de la Ley N° 23406, Ley General de Electricidad, el párrafo final siguiente:

“En el Departamento de Tacna se constituye la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad S.A., con jurisdicción en toda el área de Tacna y Moquegua, en las mismas condiciones, rango y responsabilidades con que se constituyen las ocho empresas regionales a que se refiere expresamente el presente artículo”.

Artículo 2.- El Ministerio de Energía y Minas emitirá la Resolución Ministerial correspondiente, en base a la propuesta que formule el Directorio de ELECTROPERU S.A., creando la nueva región de ELECTROPERU S.A., Empresa Pública de derecho privado, cuya jurisdicción abarca los Departamentos de Tacna y Moquegua, la misma que deberá formular su Estatuto y razón social para regularizar su funcionamiento y con participación de

igual número de representantes de ambos Departamentos en su Directorio.
(subrayado nuestro)

Por lo expuesto, se tiene que la entidad es una empresa que presta un servicio público, organizada bajo el régimen de persona jurídica de derecho privado, pero con participación mayoritaria del Estado. Por esta razón esta empresa forma parte de las empresas del Estado, bajo el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado –FONAFE⁵

Ahora bien, la Ley de Transparencia ha establecido en su artículo 2° que se entiende por entidades de la Administración Pública a las señaladas en el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁶, de acuerdo al numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la norma mencionada se entenderá por entidad de la administración del estado a *“Las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado (...)”*

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley de Transparencia *“Las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 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 presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce”*.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 8 y 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00390-2007-PHD/TC, señala lo siguiente:

“8. En el presente caso la prestación de energía eléctrica constituye un “servicio público”. El servicio público designa la función o actividad orientada a la satisfacción de necesidades colectivas o de interés general. Desde tal perspectiva, la provisión de servicio eléctrico constituye un servicio de interés general.

9. Dentro del concepto “funciones administrativas” que la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Sur - ELECTRO SUR ESTE S.A.A. ejerce, se puede comprender la totalidad de actos realizados por la empresa en cuanto a su manejo administrativo, particularmente cuando la información se refiere a actos de la administración y disposición de los bienes de la empresa, ya que en tal caso existe un evidente interés público en el control de la información. Desde tal perspectiva la totalidad de la información concerniente a la actuación administrativa de esta empresa proveedora de energía eléctrica, referida a la administración y disposición de bienes, constituye información pública, objeto del derecho de acceso a la información”.

Ahora bien, respecto a la solicitud de acceso a la información pública, referida a la relación de personas, agricultores o asociaciones, beneficiadas con el Decreto Supremo N° 134-91-PCM el año 1993, cabe indicar que el artículo 1° de la referida norma que *“Otorgan incentivos a agricultores de la zona de frontera que utilicen energía eléctrica”* establece que:

⁵ La información se encuentra en la siguiente dirección electrónica:
<https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion/electrosur>.

⁶ En adelante, Ley N° 27444.

“Los agricultores que trabajen tierras de cultivo dentro de los cincuenta (50) Kms. de la frontera internacional, que dependen exclusivamente para regadío de agua del subsuelo y para cuya extracción utilicen energía eléctrica, se les aplicará el 45% del valor de la tarifa que les corresponda, fijada por la Comisión de Tarifas Eléctricas, para lo cual los pozos de explotación deberán contar con las licencias respectivas otorgadas por el Sector Agricultura”.

Asimismo, el artículo 2° de la referida norma señala que *“Las Regiones, como entes de fomento y desarrollo en cuyo ámbito estén ubicados los agricultores a que se refiere el artículo anterior, abonarán a las Empresas de Servicio Público de Electricidad el 55% del valor de la tarifa de energía eléctrica que les corresponda, debiendo emitir éstas últimas las respectivas facturas a nombre de la respectiva Región, para su cancelación en los plazos de ley y estando sujetas a los recargos por multas y moras establecidos en caso de incumplimiento”.*

Por lo expuesto, el requerimiento referido a la relación de personas beneficiadas con el Decreto Supremo N° 134-91-PCM en el año 1993 constituye un asunto relativo a la gestión y disposición de bienes del Estado, en consecuencia, es una actuación administrativa, tal como lo establece el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00390-2007-PHD/TC ya comentado.

Ahora bien, se debe indicar que la entidad comunicó que la información solicitada no fue encontrada, por lo que se infiere que no ha negado que el documento requerido haya sido producido o generado por las unidades de la entidad, sino que ha aludido que luego de la búsqueda efectuada no ha podido ubicar el mismo.

Al respecto, se debe tener presente el artículo 23° del Reglamento de la Ley de Transparencia que dispone que el Órgano de Administración de Archivos de la entidad o el que haga sus veces garantizará el acopio, organización y conservación de la información de todas las dependencias de la entidad.

Asimismo, el artículo 27° del mencionado reglamento establece que *“Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales que correspondan por el extravío o la destrucción, extracción, alteración o modificación, indebidas, de la información en poder de las Entidades, el responsable del Órgano de Administración de Archivos, quien haga sus veces o el funcionario poseedor de la información, según corresponda, deberán agotar, bajo responsabilidad, todas las acciones que resulten necesarias para recuperar la información afectada por cualquiera de las conductas señaladas (...)”.* (subrayado es nuestro)

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 6, 7 y 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05173-2011-PHD/TC, refiere que se debe entregar la información que las entidades deben tener en razón a sus atribuciones:

“6. Con relación a la información solicitada, el procurador público competente alega que ésta no se encuentra en su poder, lo cual sirve de sustento al juez de primera instancia para declarar la improcedencia de la demanda. El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. Y es que si bien se ha establecido en anterior jurisprudencia (Cfr. sentencia recaída en el Expediente N.º 04885-2007-PHD/TC, fundamento 2) que para que la información requerida pueda ser entregada debe obrar en poder de la entidad demandada, por lo que sólo se

encuentra obligada a entregarla en caso "(...) la información ya exista o se halla en poder del requerido (...)", sin embargo, y en aras de morigerar dicho enunciado, también se ha establecido que la emplazada "(...) está obligada a entregar la información que, sin poseerla físicamente, le es atribuible por razón del desempeño propio de sus funciones o de su posición privilegiada frente al requerimiento que se le hace (...)" (Cfr. fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 07440-2005-PHD/TC).

7. Sobre el particular, al interponer el recurso de apelación, el recurrente expresa, a fojas 149, que "(...) esta información ya existe y que fue proporcionada por la demandada al Consejo de Calificación del [Proceso de Renovación 2009] (...)", argumento que, por lo demás, no ha sido negado por el procurador público.

8. En ese sentido, este Tribunal no encuentra –en principio– y en atención al argumento de que la información solicitada no obraría en poder de la entidad pública emplazada, razón alguna para negar su entrega, pues debiera tenerla en razón de las atribuciones que le competen". (subrayado nuestro)

En tal sentido, siendo que la gestión de las entidades del Estado se rigen por los principios de transparencia y publicidad, y en aplicación de las normas y criterios constitucionales citados, la documentación que toda entidad posea, administre o haya generado como consecuencia del ejercicio de sus facultades, atribuciones o el cumplimiento de sus obligaciones, sin importar su origen, utilización o el medio en el que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública, siendo obligación de las entidades proporcionar información clara, oportuna y veraz sobre la documentación requerida por un ciudadano, advirtiéndose de autos que la entidad denegó la solicitud presentada por el recurrente, mediante una respuesta ambigua, pues únicamente alegó no contar con el detalle de la información requerida del año 1993 debido a que la información adjunta en su sistema comercial (SIELSE) contiene información a partir del periodo febrero de 2015, omitiendo precisar si no existe información del año 1993 por no haberse otorgado el respectivo beneficio a ningún usuario, o si no cuenta con dicha información por su extravío u otro motivo, siendo insuficiente haber manifestado la existencia de un sistema informático a partir de febrero del año 2015 para sustentar que no cuenta con el documento requerido, mas aún si dicho argumento no constituye un supuesto de excepción previsto en la Ley de Transparencia, razón por la cual no se puede identificar un supuesto legítimo para la restricción del acceso a la información requerida.

Por lo expuesto, la entidad omitió precisar la existencia o no de la información solicitada, o su obligación de contar o no con dicha documentación, más aún si existe una norma que otorga incentivos a agricultores de la zona de frontera que utilicen energía eléctrica, siendo obligación del Órgano de Administración de Archivos o la unidad organizacional que haga sus veces, garantizar "... el acopio, la organización y la conservación de la información de todas las dependencias de la Entidad.", conforme lo dispone el artículo 23º del Reglamento de la Ley de Transparencia, en consecuencia, corresponde que la entidad atienda la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente comunicándole de forma clara, precisa y veraz sobre los motivos de la existencia o no de la documentación requerida, toda vez que la norma que otorgó los aludidos beneficios fue promulgada el año 1991.

Finalmente, atendiendo a lo señalado en el artículo 35° del Reglamento de la Ley de Transparencia, en concordancia con los principios de la potestad sancionadora descritos en 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.

De conformidad con lo dispuesto 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 Intereses.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **JOSÉ LUIS DUARTE LIZARZABURU**, debiendo **REVOCARSE** la Carta N° GL-1999-2019; en consecuencia, **ORDENAR** a **ELECTROSUR S.A** entregar la información pública solicitada por el recurrente, caso contrario, deberá comunicarle de forma clara, precisa y veraz acerca de su inexistencia.

Artículo 2.- SOLICITAR a **ELECTROSUR S.A** 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 **JOSÉ LUIS DUARTE LIZARZABURU** y a **ELECTROSUR S.A** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18° de la norma antes citada.

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


MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta


PEDRO CHILET PAZ
Vocal


ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

