



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020300422020

Expediente : 00040-2018-JUS/TTAIP
Impugnante : **SABRINA RAFAEL YAURI**
Entidad : **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 3 de marzo de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00040-2018-JUS/TTAIP de fecha 8 de febrero de 2018, interpuesto por **SABRINA RAFAEL YAURI**, contra la respuesta contenida en correo electrónico de fecha 6 de febrero de 2018, mediante el cual se atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** con fecha 1 de febrero de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 1 de febrero de 2018, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó a la entidad que se le remita copia del expediente completo de la solicitud de concesión definitiva de generación Central Hidroeléctrica La Herradura – El Gallo (Expediente /Código N° 11383618).

Mediante correo electrónico de fecha 6 de febrero de 2018, la entidad denegó la solicitud de acceso a la información pública, indicando que el documento solicitado corresponde a un procedimiento administrativo que actualmente se encuentra en trámite. Asimismo, sostuvo que no era posible entregar la información solicitada, dado que la recurrente no había acreditado ser parte en el procedimiento, representante de la empresa solicitante Energy Power Perú Consulting S.A.C. o abogada de esta, lo cual resultaría indispensable según lo dispuesto el numeral 169.1 del artículo 169 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-PCM.

Con fecha 8 de febrero de 2018, la recurrente interpuso recurso de apelación contra la referida comunicación, alegando que la entidad no ha motivado debidamente su respuesta, toda vez que ha utilizado un razonamiento jurídico incorrecto. Asimismo, señala que la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844¹ y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM² establecen la

¹ En adelante, Ley de Concesiones Eléctricas.

² En adelante, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

necesidad de que los interesados puedan tener conocimiento sobre los alcances de una solicitud de concesión definitiva para que puedan ejercer el derecho de cuestionarla.

Mediante la Resolución N° 020100412020³ de fecha 18 de febrero de 2020, el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública admitió a trámite el recurso de apelación y solicitó a la entidad la formulación de sus descargos y la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de la recurrente, plazo que desde la fecha efectiva de notificación, venció el 28 de febrero de 2020, no obstante, la citada entidad no remitió la información requerida dentro de dicho plazo.

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 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS⁴ 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.

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.

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 por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la información requerida se encuentra protegida por algún supuesto de excepción establecido en 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 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:

³ Notificada a la entidad el 24 de febrero de 2020.

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

“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”.

En ese contexto, 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 nuestro).

En el caso de autos, la recurrente solicitó copia del expediente completo de la solicitud de concesión definitiva de generación Central Hidroeléctrica La Herradura – El Gallo (Expediente /Código N° 11383618); ante lo cual, la entidad ha alegado que tal documentación no puede ser entregada a la recurrente en la medida que corresponde a un procedimiento administrativo que se encuentra en trámite. Asimismo, ha sostenido que la información no puede ser entregada a la solicitante en tanto ésta no ha acreditado ser parte del procedimiento, considerando que tienen derecho a acceder al expediente los administrados, sus representantes o abogados.

Con relación al primer argumento debe destacarse que, en puridad, el hecho de que el expediente sobre la solicitud de concesión definitiva de generación central Hidroeléctrica La Herradura – El Gallo se encuentre en trámite no constituye una causal contemplada en la Ley de Transparencia que impida la entrega de la información solicitada.

Sobre el particular, las únicas causales en la Ley de Transparencia que limitan el acceso público a un expediente administrativo en trámite son las contenidas en los incisos 3 y 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia. Conforme a la causal consignada en el inciso 3 de la referida disposición normativa, constituye información confidencial aquella *“vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final”*. De acuerdo a la causal contenida en el inciso 4 de la misma norma, constituye 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 procedimiento administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado”*.

En el presente caso, resulta claro que la información relativa a la solicitud de concesión definitiva de generación Central Hidroeléctrica La Herradura – El Gallo no encaja en ninguno de los dos supuestos detallados anteriormente, en la medida que la aludida concesión es un requisito para el desarrollo de la actividad de generación eléctrica que utilice recursos hidráulicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley de Concesiones Eléctricas; es decir, dicha solicitud se presenta en el marco de un procedimiento administrativo de calificación iniciado a instancia de parte, conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley N° 27444, y no uno de carácter sancionador, ni tampoco uno donde la entidad tenga que asumir una estrategia de defensa.

Respecto al argumento de la entidad en el sentido de que la recurrente no ha acreditado ser parte, representante o abogada como condición para ejercer su derecho de acceso al expediente, disposición regulada a la fecha en el numeral 171.1 del artículo 171 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁵, debe precisarse que, en el caso de autos, la recurrente no ha solicitado información sobre el citado expediente por su calidad de parte en el procedimiento, sino en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, esto es, en su condición de ciudadana y con el objeto de acceder a información de carácter público que se encuentra en posesión del Estado.

Siendo esto así, la entidad no ha cumplido con justificar el apremiante interés público para negar el acceso a la información, esto es, las razones por las que dicha información debe ser considerada confidencial y dentro de qué causal de excepción se encuentran inmersa, 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:

⁵ En adelante, Ley N° 27444.

“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 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 esa línea, atendiendo a que la entidad no ha manifestado y acreditado que dicha documentación se encuentre protegida por alguna excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por la Ley de Transparencia, la Presunción de Publicidad respecto del acceso a dicha documentación se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada por la mencionada entidad.

Adicionalmente, la recurrente señaló en su recurso de apelación que, para poder ejercer el derecho de oposición establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, los interesados deben tener conocimiento sobre los alcances de la solicitud de otorgamiento de concesión definitiva.

Sobre el particular, la Ley de Concesiones Eléctricas establece que para el procedimiento de otorgamiento de concesión definitiva “luego de la evaluación correspondiente, conforme se disponga en el Reglamento, y que hayan sido cumplidos los requisitos de admisibilidad, la solicitud será admitida a trámite ordenándose la publicación del aviso, la que se efectuará por dos (2) días consecutivos, por cuenta del peticionario, en el Diario Oficial “El Peruano” y en uno de los diarios de mayor circulación donde se ubica la concesión” (Subrayado agregado).

Siguiendo esta lógica, el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas dicta lo siguiente:

“FORMULACIÓN DE OPOSICIONES

Artículo 44.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de la última publicación, podrá formularse oposición a la concesión solicitada, únicamente en los siguientes casos:

- a) Cuando se afecte el desarrollo de las actividades en las concesiones definitivas o autorizaciones eléctricas otorgadas;
- b) Cuando se presente superposición de áreas requeridas para el desarrollo de actividades en las concesiones otorgadas por el Estado en otros sectores o de áreas reservadas por el mismo, y que sean incompatibles con el proyecto eléctrico. En estos casos, se requerirá la opinión previa de la autoridad del sector correspondiente; el plazo del procedimiento de otorgamiento de concesión definitiva o autorización eléctrica se suspenderá hasta la recepción de dicha opinión.

“SUSTENTACIÓN DE OPOSICIONES

Artículo 45.- Las oposiciones que se formulen, serán sustentadas con los siguientes documentos, según sea el caso:

- a) Resolución que otorgue la concesión y/o autorización para el desarrollo de actividades relacionadas al sub sector electricidad. En caso la

concesión y/o autorización haya sido otorgada por la misma entidad ante la cual se formula la oposición, el opositor sólo deberá hacer referencia a la Resolución que la otorga;

- b) Resolución que otorgue derechos para el desarrollo de otras actividades de otros sectores;*
- c) Documento sustentatorio que certifique que las áreas comprendidas en la solicitud de concesión y/o autorización, son protegidas o en su defecto han sido reservadas por el Estado;*
- d) Otros documentos que sustenten la afectación al desarrollo de las actividades, a que se refiere el artículo 44 del presente Reglamento.*

Asimismo, el opositor deberá presentar una garantía por un monto equivalente al que se fija en el artículo 37 del Reglamento, con vigencia hasta diez (10) días hábiles posteriores del plazo para emitir la resolución que resuelva la oposición.”

De lo expuesto, se colige que resulta importante la publicidad de las solicitudes de otorgamiento de concesión definitiva a fin de permitir la formulación de oposiciones que pudieran corresponder.

Por último, en caso existan dentro del expediente solicitado datos de identificación de personas naturales relacionadas con la empresa solicitante Energy Power Perú Consulting S.A.C., o datos de carácter confidencial de ésta, la entidad puede proceder a tachar dicha información, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Transparencia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC ha concluido que *“Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo petitionado, previo pago del costo de reproducción” (subrayado nuestro).*

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar que se entregue la información pública requerida, procediendo a tachar, de ser el caso, la información que se encuentre protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos precedentes.

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 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;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **SABRINA RAFAEL YAURI**, **REVOCANDO** lo dispuesto en el correo electrónico de respuesta de fecha 6 de febrero de 2018; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**, la entrega de la información pública solicitada por la recurrente, tachando la información protegida por la Ley de Transparencia, de ser el caso, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** a efectos de que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite documentalmente la entrega de dicha información a **SABRINA RAFAEL YAURI**.

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 **SABRINA RAFAEL YAURI** y al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**, de conformidad con lo previsto 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).

VANESA VERA MUELLE
Vocal Presidenta

VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal

JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

vp: vic

