



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020300592020

Expediente : 00268-2020-JUS/TTAIP
Recurrente : **DIANA ADRIANA GARCÉS GARCÍA**
Entidad : **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 11 de marzo de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00268-2020-JUS/TTAIP de fecha 17 de febrero de 2020, interpuesto por **DIANA ADRIANA GARCÉS GARCÍA** contra el correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2020¹, mediante el cual el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** atendió en forma parcial la solicitud de acceso a la información pública presentada con Registro N° 3016168 de fecha 27 de enero de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de enero de 2020, la recurrente solicita a la entidad copia del Informe N° 266-2018-MEM/DGE e Informe N° 512-2019-MINEM/DGE-DCE, precisando que dicha información sea remitida vía correo electrónico.

Mediante correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2020, la entidad proporcionó a la recurrente el Informe N° 512-2019-MINEM/DGE-DCE; sin embargo, denegó la entrega del Informe N° 266-2018-MEM/DGE en virtud de lo señalado por el Informe N° 0051-2020-MINEM/DGE de fecha 5 de febrero de 2020, que concluye que la información solicitada es de carácter confidencial, conforme lo dispuesto por la excepción prevista en el numeral 1 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-JUS², toda vez que contiene una opinión legal elaborada por la Dirección General de Electricidad relacionada al artículo 122 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas³, que a su vez está relacionada con la evaluación de la solicitud de concesión definitiva de generación Hidroeléctrica Santa Teresa II.

El 17 de febrero de 2020, la recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, respecto al extremo de la denegatoria de información referida al Informe N° 266-2018-MEM/DGE, alegando que lo solicitado no puede

¹ Que adjunta el Informe N° 0051-2020-MINEM de fecha 5 de febrero de 2020.

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ En adelante, Ley de Concesiones Eléctricas.

considerarse como información confidencial, más aún cuando la misma Dirección General de Electricidad en otros informes de acceso público que ha emitido, hace referencia expresa al Informe N° 266-2018-MEM/DGE citando extractos del mismo y recogiendo sus conclusiones.

Mediante la Resolución N° 020100602020 de fecha 26 de febrero de 2020, esta instancia solicitó a la entidad que en un plazo máximo de cuatro (4) días hábiles remita el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información del recurrente y formule sus descargos; no obstante, atendiendo a la negativa injustificada de recibir la referida resolución por parte de la entidad, cuya situación fue comunicada al Secretario General de la entidad mediante el Oficio N° 224-2020-JUS/TTAIP⁴, se tiene por bien notificada. En ese sentido, cabe señalar que el expediente administrativo y los descargos requeridos a la entidad no han sido presentados a esta instancia, habiéndose vencido el plazo otorgado.

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-JUS⁵, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, 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; asimismo, para los efectos de la referida ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

Cabe anotar que el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, refiere que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones previstas por los artículos 15 a 17 de la mencionada ley.

De otro lado, el numeral 1 del artículo 17 de la misma norma señala que el derecho de acceso a la información pública tiene como excepción, 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. 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.

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

⁴ Oficio de fecha 10 de marzo de 2020, notificado con fecha 11 de marzo de 2020 y Registro N° 3032031.

⁵ En adelante, Ley de Transparencia.

lo que deben ser interpretados de manera restrictiva al 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 solicitada por la recurrente se encuentra incluida en la excepción prevista en el numeral 1 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 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.

En el caso de autos, la recurrente solicitó a la entidad copia del Informe N° 266-2018-MEM/DGE. En respuesta, la entidad denegó la entrega de la información requerida en virtud de lo indicado en el Informe N° 0051-2020-MINEN/DGE, que considera que la misma se encuentra protegida por la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, toda vez que contiene una opinión legal elaborada

por la Dirección General de Electricidad relacionada al artículo 122⁶ de la Ley de Concesiones Eléctricas, que a su vez está relacionada con la evaluación de la solicitud de concesión definitiva de generación Hidroeléctrica Santa Teresa II.

Asimismo, la excepción invocada por la entidad dispone lo siguiente:

*“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:*

- 1. 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. 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”.*

Respecto al derecho de acceso a la información pública y la naturaleza de sus excepciones, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente 0959-2004-HD, lo siguiente:

“4. La Constitución Política del Perú, en su artículo 2°, inciso 5, reconoce el derecho de toda persona de solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho pedido, con la única excepción de aquella que afecte a la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional. Lo establecido en el referido artículo representa una realidad de doble perspectiva, pues no solo constituye el reconocimiento de un derecho fundamental, sino el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente. En esa medida, el secreto o lo oculto frente a la información de interés público resulta una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional”. (subrayado agregado)

De lo expuesto se desprende, con relación al derecho de acceso a la información pública, que la regla general es garantizar a los ciudadanos su pleno ejercicio, mientras que la restricción a dicho derecho tiene una naturaleza excepcional.

Con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el Tribunal Constitucional ha señalado que corresponde a las entidades que deniegan el acceso a la información pública solicitada por un ciudadano, acreditar fehacientemente que esta se encuentra comprendida en una de las excepciones previstas por la ley, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:

“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).

⁶ “Artículo 122°.- Las actividades de generación y/o de transmisión perteneciente al Sistema principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley. Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución, que no impliquen una disminución de competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.”

Sobre el particular, el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que corresponde que toda entidad fundamente debidamente la aplicación de las excepciones contempladas en los artículos 15 al 17 de dicho cuerpo normativo, y el literal f) del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁷, prevé que toda denegatoria debe exponer las razones de hecho que la justifican.

En esa línea, la entidad no ha acreditado fehacientemente ante esta instancia que la documentación requerida se encuentra dentro de la excepción alegada, debido a que no ha especificado cuál es el proceso deliberativo y consultivo previo, e igualmente tampoco se ha referido a las razones por las que estamos frente a una decisión de gobierno y no al ejercicio de una competencia reglada legalmente.

Al respecto, cabe precisar que la evaluación y el correspondiente otorgamiento de una concesión pública por parte de una entidad del Estado es realizada en ejercicio de una competencia reglada⁸; en el presente caso por el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, la misma que no constituye una decisión de gobierno, conforme a los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 7 al 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04012-2009-HD/TC, que se citan a continuación:

"7. En el caso de autos, la controversia radica en determinar si es que la información requerida por el demandante, el Reglamento Interno de funcionamiento para la calificación de los expedientes precalificados por parte de la Comisión Ejecutiva reactivada por la Ley N.º 29059, se encuentra incluida dentro de las excepciones establecidas en el artículo 15-B de la Ley N.º 27806, específicamente dentro de las reguladas en los numerales 1 y 4, en cuyo caso la negativa a brindar la información por parte del MTPE estaría debidamente justificada.

8. El artículo 15-B de la Ley N.º 27806 establece en sus numerales 1 y 4, como excepciones al ejercicio al derecho de acceso a la información pública, los siguientes supuestos:

"1. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión del 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.

(...)

4. 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 de 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".

⁷ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

⁸ Gordillo, Agustín A., Tratado de derecho administrativo. Parte general, T. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, p. X-12 – X-13: "Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. (...) la ley sustituye al criterio del órgano administrativo, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público: En tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho (...). La regulación puede ser fundamentalmente de dos tipos: Directa o indirecta. Habrá regulación directa cuando la predeterminación de la conducta administrativa a seguir proviene de una ley, reglamento, etc., que se refiere directamente a la administración pública: Ley de obras públicas, ley de contabilidad, de presupuesto, de ministerios, etc.; en cambio, la regulación será indirecta cuando proviene de una norma jurídica que, sin referirse directamente a la administración pública, sienta de todos modos un principio concreto que también la administración debe seguir, como por ejemplo, la Constitución al establecer los derechos de los individuos, que la administración también debe respetar; ciertos principios del Código Civil, de Comercio, etc."

9. Este Tribunal considera que 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.º 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, ni es información que comprometa el secreto profesional que deben guardar los asesores jurídicos de las entidades públicas.

10. 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.º 27803 como en la Ley N.º 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.

11. Conviene recordar que, de conformidad con el principio de participación, las entidades de la administración pública deben brindar la oportunidad a los administrados de expresar su opinión en el marco del proceso de tomar una decisión que pueda tener incidencia en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Asimismo de acuerdo con el principio de predictibilidad, las entidades de la administración pública deben brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre cada trámite de modo tal que puedan tener conciencia certera sobre su resultado final. Estos principios se encuentran regulados en los incisos 1.12 y 1.15 del Artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, y constituyen una expresión del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad y del deber de transparencia de las entidades públicas en atención a las garantías inherentes al debido proceso al cual tienen derecho las personas. Es por ello que, la entidad emplazada se encuentra en la obligación de otorgar la información solicitada al demandante, de modo que, al haberse negado indebidamente a ello, ha vulnerado el derecho de acceso a la información pública del demandante.” (Subrayado agregado).

Por lo expuesto, la Presunción de Publicidad respecto de toda información que posee o produce la Administración Pública no ha sido desvirtuada.

A mayor abundamiento, es pertinente señalar que el articulado invocado por la entidad no establece una excepción de naturaleza absoluta, en cuanto precisa que el derecho al acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de “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 no resulta de aplicación en los casos que dicha información sea pública. Siendo esto así, en relación a la afirmación de la recurrente referida a que la misma Dirección General de Electricidad, en sus informes N° 527-2019-MINEN/DGE-DCE y N° 1164-2019-MINEN/OGAJ (cuya copia le fue entregada con motivo de otra solicitud de acceso a la información pública presentada mediante registro virtual 3016168), hacen referencia expresa al Informe N° 266-2018-MEM/DGE, citando extractos del mismo y recogiendo sus conclusiones, situación que ha sido corroborada de autos⁹ por esta instancia, con lo que se evidencia que la información solicitada por la recurrente, cuanto menos en parte, no solo ha sido considerada de acceso público, sino además ha sido ya entregada por la propia entidad.

⁹ Los informes N° 527-2019-MINEN/DGE-DCE y N° 1164-2019-MINEN/OGAJ⁹ han sido anexados por la recurrente a su recurso de apelación.

En ese sentido, la entidad no ha acreditado fehacientemente que el Informe N° 266-2018-MINEM/DGE emitido por la entidad se encuentre protegido por el supuesto de excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; en consecuencia, se encuentra sujeto al Principio de Publicidad, correspondiendo su entrega a la recurrente.

Finalmente, en virtud de lo previsto por los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, 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 contrarias 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 **DIANA ADRIANA GARCÉS GARCÍA**, **REVOCANDO** lo dispuesto por el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** mediante correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2020, en el extremo que deniega la entrega del Informe N° 066-2018-MINEM/DGE-DCE; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información pública solicitada a la recurrente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** 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 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado por 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 a **DIANA ADRIANA GARCÉS GARCÍA** 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 MUENTE
Vocal Presidente

VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal

JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

vp: vvm

