



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

PRIMERA SALA

Resolución N° 010304022020

Expediente : 00043-2018-JUS/TTAIP
Recurrente : **JORGE LUIS CARRANZA CABALLERO**
Entidad : **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 1 de julio de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00043-2018-JUS/TTAIP de fecha 15 de febrero de 2018, interpuesto por **JORGE LUIS CARRANZA CABALLERO**¹ contra la respuesta contenida en el Informe N° 37-2018-OS/OR LIMA SUR notificado mediante correo electrónico de fecha 18 de enero de 2018, a través del cual el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN**², denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente con fecha 12 de diciembre de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 12 de diciembre de 2018 el recurrente solicitó el “(...) *Escaneado del 100% de los informes de Supervisión emitidos por el personal de supervisores de distribución del Osinergmin, para todas las empresas distribuidoras de electricidad, a nivel nacional, emitidos a partir del 01 de enero del 2005 hasta el 30 de noviembre del 2017 (incluir todos los anexos de los informes)*”.

A través del correo electrónico, de fecha 18 de enero de 2018, la entidad notificó al recurrente el Informe N° 37-2018-OS/OR LIMA SUR, mediante el cual le comunicó la negativa de entregar la información requerida, alegando que la misma se encuentra comprendida en el numeral 2 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM³, añadiendo que de acuerdo con el artículo 32

¹ En adelante, el recurrente.

² En adelante, la entidad.

³ La referida excepción a la norma de transparencia se encuentra en la actualidad en el numeral 2 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-JUS.

del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin⁴, el cual precisa que *“El Agente Supervisado puede solicitar en cualquier estado del procedimiento acceder al expediente administrativo del cual forma parte, pudiendo obtener copias, cumpliendo con las disposiciones normativas de la materia”*.

Con fecha 8 de febrero de 2018, el recurrente interpuso ante la entidad el recurso de apelación⁵ materia de análisis, alegando que los documentos solicitados no están comprendidos en las excepciones de la Ley de Transparencia, puesto que los mismos corresponden a informes de supervisión de procedimientos concluidos, además que la base legal para la denegatoria no tiene rango de ley.

Mediante Resolución N° 010104072020⁶ se admitió a trámite el recurso de apelación y se solicitó a la entidad el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud así como la formulación de sus descargos, los cuales a la fecha de emisión de la presente resolución no han sido presentados⁷.

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-JUS⁸, 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 dispone 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.

Añade el cuarto párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo señala que dicha ley no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, ni obliga a las entidades a elaborarlos.

Respecto a las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el numeral 2 del artículo 17 de la norma antes citada señala que es información confidencial *“La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente”*.

⁴ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD.

⁵ Recurso impugnatorio elevado a esta instancia el 15 de febrero de 2018 mediante el Oficio N° 90-2018-OS-GAF.

⁶ Resolución de fecha 18 de junio de 2020 remitida a la Ventanilla Virtual implementada por la entidad.

⁷ Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes Virtual correspondiente al día de hoy.

⁸ En adelante, Ley de Transparencia.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 18 de la misma ley 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 aprecia que la controversia radica en determinar si la información requerida se encuentra comprendida en la excepción contemplada en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

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.

Sobre el particular, el recurrente solicitó el “(...) *Escaneado del 100% de los informes de Supervisión emitidos por el personal de supervisores de distribución del Osinergmin, para todas las empresas distribuidoras de electricidad, a nivel nacional, emitidos a partir del 01 de enero del 2005 hasta el 30 de noviembre del 2017 (incluir todos los anexos de los informes)*”, siendo que la entidad, en la respuesta dada, no ha cuestionado la posesión de la documentación solicitada, ni mucho menos ha desvirtuado el carácter público de la información sino que alega no poder entregar dichas copias por encontrarse en la causal de excepción contemplada en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y en el artículo 32 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras.

Sobre el particular, el acceso a la documentación en poder de las entidades públicas es la regla, mientras que la reserva es la excepción, conforme al razonamiento expuesto por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05812-2006-HD/TC, en el que señala que:

“(...) un Estado social y democrático de Derecho se basa en el principio de publicidad (artículo 39° y 40° de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. Excepcionalmente el acceso a dicha información puede ser restringido siempre que se trate de tutelar otros bienes constitucionales, pero ello debe ser realizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. (subrayado agregado)

Por ello, las respuestas denegatorias emitidas por entidades públicas a solicitudes de acceso a la información pública deben fundamentar su base legal, el fin legítimo que persiguen, su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad, tal como lo ha expuesto, sobre la base del tratamiento jurídico del derecho de acceso a la información pública en la Constitución Política del Perú y en la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos Jurídicos 29 y 33 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC:

“De lo antes expuesto, entre otras disposiciones constitucionales, se desprende que las excepciones que puedan ser reguladas por el legislador, para ser válidas deben cumplir las siguientes condiciones: i) deben estar previstas en la ley de forma expresa y estricta, no pudiendo quedar al libre arbitrio de cada entidad de la Administración Pública; ii) deben perseguir objetivos legítimos que estén indeliblemente unidos a la protección de un fin constitucional; iii) deben ser estrictamente necesarias lo que implica además elegir la medida menos restrictiva posible; y iv) deben ser proporcionales con el grado de restricción del derecho de acceso a la información pública, de modo que el grado de ventajas o satisfacción del fin constitucional que se quiere proteger con la excepción sea, por lo menos, mayor que el grado de desventajas o restricción del derecho de acceso a la información pública”.

(...) De lo expuesto se desprende cómo el derecho fundamental de acceso a la información pública reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, junto a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, conforman el parámetro de constitucionalidad que debe servir para identificar las exigencias constitucionales que se derivan de este derecho, así como las estrictas y únicas excepciones que pueden justificar la limitación del acceso a la información

pública. Es conforme a dicho parámetro que la Administración Pública no sólo tiene la obligación constitucional de entregar la información que le soliciten los ciudadanos, salvo las aludidas excepciones, sino además aquella otra de efectivizar, incluso oficiosamente, los principios de publicidad y transparencia respecto de tal información” (subrayado añadido).

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, señala la obligación de motivar debidamente las denegatorias, verificando el cumplimiento de las condiciones expuestas anteriormente, corresponde a las entidades públicas.

“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 añadido).

Siendo ello así, corresponde a las entidades públicas que deniegan el acceso a la información pública solicitada por un ciudadano, acreditar debidamente que la aplicación de excepciones tiene un sustento legal y resulta una medida proporcional.

Al respecto, si bien la entidad ha denegado la entrega de lo solicitado alegando su naturaleza confidencial protegida por el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, esta no ha indicado la información o datos sobre los cuales se debe guardar la confidencialidad correspondiente; es decir, la información que se subsuma en los presupuestos contemplados en el referido artículo, razón por la cual no se ha acreditado la excepción alegada. En cuanto a ello, esta instancia debe precisar que no basta únicamente con alegar un supuesto de excepción, sino que existe una obligación por parte de las entidades de la Administración Pública de acreditar fehacientemente la causal invocada, conforme a la jurisprudencia antes citada.

De otro lado, el artículo 32 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin⁹, el cual precisa que *“El Agente Supervisado puede solicitar en cualquier estado del procedimiento acceder al expediente administrativo del cual forma parte, pudiendo obtener copias, cumpliendo con las disposiciones normativas de la materia”*, que si bien es cierto ha sido invocado por la entidad pero no acreditado su aplicación al caso concreto; es decir, no ha acreditado la condición del recurrente como *“agente supervisado”*.

Adicionalmente a ello, el recurrente ha solicitado el íntegro de los informes correspondientes a todas las empresas supervisoras y distribuidoras, desde el 1

⁹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD.

de enero de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2017, por lo que se puede deducir que todos los procedimientos existentes no pueden pertenecerle a un solo "agente supervisado" en atención al Principio de Imparcialidad¹⁰.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida¹¹.

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 conforme a lo previsto 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 Intereses¹²;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **JORGE LUIS CARRANZA CABALLERO** contra lo dispuesto en el Informe N° 37-2018-OS/OR LIMA SUR; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN** que entregue la información pública solicitada al recurrente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR al **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **JORGE LUIS CARRANZA CABALLERO**.

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.

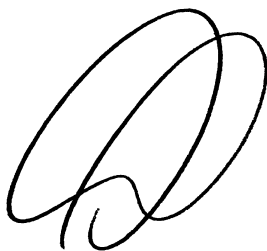
Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **JORGE LUIS CARRANZA CABALLERO** y al **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

¹⁰ Asimismo, es importante resaltar que el recurrente ha afirmado que dichos procedimientos se encuentran archivados, aseveración que no ha sido desvirtuada por la entidad.

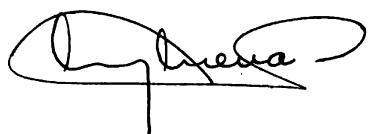
¹¹ Salvaguardando, de ser el caso, la información que se encuentre protegida por la Ley de Transparencia.

¹² Que, durante el "Estado de Emergencia Nacional declarado por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación como consecuencia del brote del COVID-19", a través del numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 026-2020, se suspendió por treinta (30) días hábiles el cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo y negativo. Asimismo, mediante los Decretos Supremos N° 76 y 87-2020-PCM, se prorrogó dicha suspensión, la cual que surtió efectos hasta el 10 de junio de 2020.

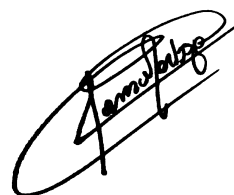
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp:uzb