



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

PRIMERA SALA

Resolución N° 010308772020

Expediente : 01200-2020-JUS/TTAIP
Impugnante : **MOISÉS AARON CHIRE PALACIOS**
Entidad : **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y
MINERÍA - OSINERGMIN**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 10 de noviembre de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 01179-2020-JUS/TTAIP de fecha 21 de octubre de 2020, interpuesto por **MOISÉS AARON CHIRE PALACIOS**¹, contra la respuesta contenida en el Informe GPAE-007-2020-SAIP notificado mediante correo electrónico de fecha 7 de octubre de 2020, 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 1 de octubre de 2020, registrada con Expediente SIGED N° 202000135480.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 1 de octubre de 2020, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico “(...) (i) el Oficio 110-2019/ST-CLC-INDECOPI y adjuntos, que fuera notificado al Osinergmin el 10 de diciembre de 2019 y que se refiere a la operación de adquisición de control de China Yangtze Power International (Hong Kong) Co. Limited de Luz del Sur S.A.A.; y, (ii) el Informe Técnico 2-2020-OS/GPAE del 24 de enero de 2020 y adjuntos, mediante el cual Osinergmin emitió opinión sobre los efectos de dicha operación de concentración”.

A través del correo electrónico de fecha 7 de octubre de 2020, la entidad notifica al recurrente con el Informe GPAE-007-2020-SAIP, en cual señala su denegatoria del ítem uno (1) de la solicitud relacionado con el Oficio 110-2019/ST-CLC-INDECOPI, al no haber sido generado por la referida institución pública; en cambio, el ítem dos (2) fue atendido, proporcionándole “(...) una versión pública del Informe Técnico 2-2020-OS/GPAE, que resguarde la información que INDECOPI mantiene como confidencial”.

¹ En adelante, el recurrente.

² En adelante, la entidad.

El 21 de octubre de 2020, el recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, ante la denegatoria del Oficio 110-2019-ST-CLC-INDECOPI, alegando que dicho documento es público al estar en posesión de la entidad, sin haberse sustentado su denegatoria en alguno de los supuestos de excepción señalados, razón por la cual no existe motivo para su denegatoria.

Mediante Resolución N° 010108032020³ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos⁴, los cuales fueron presentados a esta instancia el 5 de noviembre de 2020 con Oficio N° 472-2020-OS-GAF, a través del cual se adjunta el Informe N° 8 de fecha 3 de noviembre de 2020, documento en el que se indica lo siguiente:

“(…)

9. *Si bien la normativa indica que Osinergmin debe agotar todos los medios para localizar la información que está obligada a custodiar, la entidad debe cumplir lo dispuesto en todos los instrumentos legales aplicables.*
10. *Indecopi indicó en el Oficio 110-2019-ST-CLC-INDECOPI que, conforme a lo establecido en los artículos 4 y 36 del Reglamento de la Ley N° 26876 (D.S. N° 017-98-ITINCI) – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, ‘toda la información relacionada a la solicitud de autorización previa debe ser tratada como confidencial y tiene carácter reservado, por lo que les solicitamos que adopten las medidas necesarias para mantener dicho carácter’ (el subrayado es nuestro). En tal sentido, la información del anexo del Oficio 110-2019-ST-CLC-INDECOPI fue entregada sólo en formato impreso y en sobre cerrado.*
11. *De acuerdo al numeral 2 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, dispone que: “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” (el subrayado es nuestro).*
12. *Por otro lado, mediante la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI del 27 de marzo de 2020, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia resolvió autorizar con condiciones la operación de concentración empresarial en cuestión. Al respecto, el Indecopi ha publicado una “versión pública” de la referida resolución en su página web, resguardando la información confidencial.*
13. *En tal sentido, teniendo en cuenta los fundamentos expuesto en los párrafos que anteceden, y en vista de que el Indecopi mantiene el carácter de confidencial de parte de la información remitida a Osinergmin, corresponde resguardar dicha información al momento de atender la solicitud de acceso a la información pública”.*

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

³ Resolución de fecha 27 de octubre de 2020, notificada a la Mesa de Partes Virtual del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin, en el siguiente link: <https://ventanillavirtual.osinergmin.gob.pe/ventanilla-virtual/pages/inicio.jsessionid=2ACA1B721FC09A2738EF45283D7168A4>, el 30 de octubre de 2020 a horas 08:54, registrado con Expediente 202000157420, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁴ Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes Física y Virtual correspondiente al día de hoy.

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 las entidades 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 señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, 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 del mismo cuerpo normativo, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas 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 la excepción contenida 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.

⁵ En adelante, Ley de Transparencia.

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. (Subrayado agregado)

Al respecto, el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico, entre otra información el *“(...) (i) el Oficio 110-2019/ST-CLC-INDECOPI y adjuntos, que fuera notificado al Osinergmin el 10 de diciembre de 2019 y que se refiere a la operación de adquisición de control de China Yangtze Power International (Hong Kong) Co. Limited de Luz del Sur S.A.A., a lo que la entidad respondió al mencionado recurrent, denegando dicho requerimiento al no haber sido generado por la referida institución pública.*

En atención a la respuesta otorgada por la entidad, es preciso mencionar dicha entidad no ha negado encontrarse en posesión del documento antes señalado; por tanto, corresponde hacer mención lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 10 de la Ley de Transparencia, el cual prevé 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”.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha acogido el criterio de la posesión para definir el concepto de información pública, de conformidad con el Fundamento Jurídico 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, en el que señaló que *“[l]o realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como ‘información pública’ no es su financiación, sino la posesión (...)”.*

En cuanto a ello, es oportuno señalar que mediante Resolución N° 010300772020 emitida por esta instancia y publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 11 de febrero de 2020, se declaró precedente administrativo de observancia obligatoria en el cual se precisa:

“Las entidades no podrán denegar el acceso a la información pública, argumentando únicamente que la documentación requerida no ha sido creada por ésta, atendiendo a que el derecho de acceso a la información pública abarca no solamente la posibilidad de obtener aquella que ha sido generada por la propia institución, sino también a la que no siendo creada por ésta, se encuentra en su posesión. En tal sentido, cuando las entidades denieguen el acceso a la información pública en virtud a la inexistencia de la documentación requerida, deberán previamente verificar mediante los requerimientos a las unidades orgánicas que resulten pertinentes si la información: i) fue generada por la entidad; y, ii) si ha sido

obtenida, se encuentra en su posesión o bajo su control; asimismo, luego de descartar ambos supuestos, deberán comunicar de manera clara y precisa dicha circunstancia al solicitante".

(subrayado agregado)

Siendo esto así, la entidad no ha acreditado el cumplimiento del referido precedente, motivo por el cual la denegatoria expresada al recurrente no resulta amparable por esta instancia, debido a que las entidades de la Administración Pública no solamente debe entregar la información que producen, sino también la que poseen.

Asimismo, en sus descargos la entidad refirió que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual⁶ señaló, que en el texto del Oficio N° 110-2019-ST-CLC-INDECOPI se dispuso que de acuerdo a los artículos 4 y 36 del Reglamento de la Ley N° 26876⁷, toda información relacionada a la solicitud de autorización previa debe ser tratada como confidencial y tiene carácter reservado y en concordancia con el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; por tanto, agrega la entidad, corresponde resguardar dicha información al momento de atender la solicitud de acceso a la información pública.

Adicionalmente a ello, refiere la entidad que mediante la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI del 27 de marzo de 2020, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi resolvió autorizar con condiciones la operación de concentración empresarial en cuestión. Al respecto, esta última ha publicado una "versión pública" de la referida resolución en su página web, resguardando la información confidencial.

En tal sentido, lo señalado por la entidad en sus descargos evidencia que la documentación requerida, aun a criterio del propio INDECOPI, contiene a la fecha información pública aunque sea de manera parcial; sin perjuicio de que corresponda a la entidad que evalúe el carácter público o confidencial de la documentación solicitada, para entregar la información de carácter público y proceda a cautelar la información protegidas por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 de la Ley de Transparencia, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 19 del mismo cuerpo legal, el cual prevé que *"En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento"*. (Subrayado agregado)

Asimismo, en atención al argumento invocado en los descargos, es preciso hacer mención de lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, el cual establece 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"*. (Subrayado agregado)

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que, corresponde a las entidades que deniegan el acceso a la información pública solicitada por una persona, acreditar fehacientemente que esta se encuentra comprendida en una de

⁶ En adelante, el Indecopi.

⁷ Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico, aprobado por el D.S. N° 017-98-ITINCI.

las excepciones prevista 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 agregado).

Siendo esto así, cabe señalar que la entidad no solamente no ha procedido conforme el precedente citado en los párrafos precedentes, sino que tampoco ha acreditado fehacientemente ante esta instancia que el íntegro del documento requerido se encuentre protegida por el supuesto contemplado en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

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 requerida, salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

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 expuestos⁸ 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 **MOISÉS AARON CHIRE PALACIOS, REVOCANDO** lo dispuesto por el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN** mediante el Informe GPAE-007-2020-SAIP; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad la entrega de la información pública requerida en el ítem uno (1) de la solicitud formulada por el recurrente, salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución

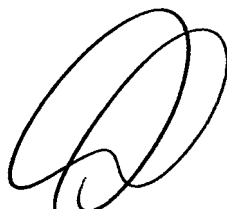
Artículo 2.- SOLICITAR al **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información pública a **MOISÉS AARON CHIRE PALACIOS**.

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.

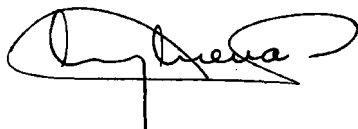
⁸ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MOISÉS AARON CHIRE PALACIOS** 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.

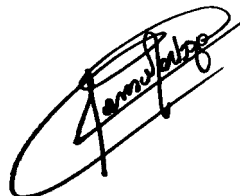
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: uzb