



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 000344-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00175-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **MARIANA MALLEA QUIROZ**
Entidad : **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 22 de febrero de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 00175-2021-JUS/TTAIP de fecha 22 de enero de 2021, interpuesto por **MARIANA MALLEA QUIROZ** contra la respuesta contenida en el Informe N° 0011-2021-MINEM/DGE notificado por correo electrónico de fecha 11 de enero de 2021 mediante el cual el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** denegó su solicitud de acceso a la información pública presentada el 31 de diciembre de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 31 de diciembre de 2020 la recurrente solicitó a la entidad una *“COPIA DE LA COMUNICACIÓN DENOMINADA “INFORME TÉCNICO-LEGAL”, DIRIGIDO A LA COMISIÓN ESPECIAL, QUE CONTENGA LA RESPUESTA AL OFICIO N° 135-2017-EF/CE.36.”*

Mediante correo electrónico de fecha 11 de enero de 2021, la entidad remitió a la recurrente el Informe N° 0011-2021-MINEM/DGE, concluyendo que la documentación solicitada correspondía a consejos, recomendaciones u opiniones relacionadas con el Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional suscrito entre la empresa Hidroeléctrica Laguna Azul S.R.L. (actualmente CH Mamacocha) y el Estado Peruano, cuya ejecución se encuentra en negociaciones de trato directo en relación a la controversia iniciada entre LATAM HYDRO LLC, CH MAMACOCHA S.R.L. y el Estado Peruano, por lo que dicha información es confidencial en tanto aún no se ha tomado una decisión sobre la controversia generada entre las partes, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Con fecha 22 de enero del presente año, la recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, argumentando que la interpretación realizada por la entidad no es correcta, añadiendo que la confidencialidad prevista por el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia cesa si la Administración Pública opta por hacer referencia a dichos consejos, recomendaciones u opiniones, lo que considera ha ocurrido con la Resolución N° 543-2017-MEM/DEE y el Oficio N° 135-2017-EF/CE.36, por lo que la información requerida es de acceso público.

Mediante la Resolución 000201-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA se admitió a trámite el citado recurso de apelación, requiriendo a la entidad la formulación de sus descargos¹, los cuales fueron presentados ante esta instancia el 18 de febrero último mediante Oficio N° 0039-2021-MINEM/SG-OADAC, adjuntando el Informe N° 0050-2021-MINEM-DGE a través del cual reiteraban que la información requerida es confidencial al amparo del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, añadiendo que los referidos documentos también se encontraban bajo la excepción prevista por el numeral 4 del referido artículo, al ser parte de la estrategia de defensa de la entidad en la citada controversia, alegando adicionalmente que la entrega de dicha información no solo perjudicaría la defensa del Estado en el citado proceso, sino también la defensa en otras controversias similares en curso. Manifiesta además la entidad que considerar dicha información como publica afectaría el interés público al poner en riesgo resolver la controversia bajo las reglas del propio contrato, así como la ejecución de los proyectos de inversión.

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-JUS², 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.



Asimismo, el artículo 10° de la citada norma 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, modificada por el 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 Intereses³, 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; asimismo 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; añade el cuarto párrafo del referido artículo que la Ley de Transparencia 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 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que es información confidencial: *“La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como*

¹ Resolución notificada a la entidad con fecha 12 de febrero de 2021.

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

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”.

Por su parte, el numeral 4 de mismo artículo establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de 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 proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado; agrega dicha norma que esta excepción termina al concluir el proceso.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 18° de la citada 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 advierte que la controversia radica en determinar si la entidad acreditó que la información solicitada se encuentra comprendida en los supuestos de excepción al derecho de acceso a la información pública previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Al respecto, conforme con lo dispuesto por las citadas normas 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 a su divulgación 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° 3035-2012-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”.*

Por otro lado, con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública regulada en el artículo 18° de la Ley de Transparencia, en el último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“13. (...) 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).

Asimismo, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 29 y 33 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, ha señalado expresamente lo siguiente:

"29. 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.
(...)

33. 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, de publicidad y transparencia respecto de tal información.

Y es que la Administración Pública no sólo debe entregar información recién cuando un juez le ordene hacerlo. Como ya se ha explicado antes y así desprende del respectivo mandato constitucional y legal, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la publicidad de la información financiada por el presupuesto público, de modo que la Administración tiene la obligación de hacer pública tal información. Las excepciones son aquellas expresa y únicamente contenidas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, e incluso dichas excepciones se aplican de modo restrictivo y sólo cuando la Administración ha justificado o motivado su clasificación como secreta, reservada o confidencial. Si no se ha justificado debidamente la respectiva clasificación carece de efectos la sola nominación formal (colocación de sellos con las expresiones "secreto" o "reservado"), debiendo en todo caso ser la última instancia administrativa en materia de transparencia y acceso a la información pública la encargada de examinar si la información calificada de secreta o reservada reviste realmente o no tal carácter" (subrayado agregado).

A mayor abundamiento, en el último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que le corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano:

“11. (...) 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).

Respecto a la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00712-2007-PHD/TC, lo siguiente:

“4. La demandada ha afirmado que la denegatoria de la información solicitada se sustenta en que se trata de información exceptuada de acceso, conforme lo establece el artículo 17, inciso 1), de la citada Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública. Según esta disposición se exceptúa de acceso 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”

El concepto central de esta disposición es la de “decisión de gobierno”. Están exceptuados entonces los documentos del proceso de deliberación y de consulta anterior a la adopción de una decisión de gobierno” (subrayado es nuestro).

Ahora bien, conforme se advierte de autos, la recurrente ha solicitado un informe técnico-legal el cual debería *“... incluir una descripción detallada de los hechos que dieron lugar a la controversia en cuestión, su relación con tales hechos y la controversia, la posición institucional sobre el mismo, y cualquier otra información o documentos que se considere relevante para tales efectos.”*, tal como está descrito en el Oficio N° 135-2017-EF/EC.36, en referencia a la intención de las empresas LATAM LLC y CH MAMACUCHA S.R.L. de someter una controversia al mecanismo de solución previsto en el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y Estados Unidos de Norteamérica, habiéndose limitado la entidad a señalar que en dicho documento se consignaban consejos, recomendaciones u opiniones previos a la toma de una decisión de gobierno, sin haber proporcionado mayor información y muchos menos acreditado la existencia en dicho documento de *“consejos, recomendaciones u opiniones”*, más aún cuando, de acuerdo al requerimiento contenido en el referido oficio, el informe técnico legal comprendía la descripción de hechos, la relación de la entidad con la controversia, e incluso el detalle de la propia controversia surgida entre las referidas empresas y el Estado Peruano en el desarrollo de la ejecución del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable, pues no existe duda para este colegiado que los hechos, la controversia y la relación de la entidad con tal diferencia, no califican en modo alguno como *“consejos, recomendaciones u opiniones”*.

Adicionalmente, la entidad ha omitido indicar cuál sería el tipo de la supuesta decisión de gobierno que adoptaría en el marco de las referidas negociaciones, es decir, sobre qué materia, contenido o finalidad se daría la decisión, la autoridad que la debería emitir o el plazo en que esta debería adoptarse, pues el referido informe debió ser elaborado como plazo máximo hasta el mes de julio del año 2017, habiendo transcurrido a la fecha casi cuatro años sin que se haya adoptado la decisión de gobierno alegada por la entidad.

En consecuencia, siendo responsabilidad de las entidades que deniegan el acceso a la información que se encuentre en su poder acreditar la existencia del supuesto de excepción alegada, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, y además de la inconsistencia de los argumentos formulados en su respuesta a la recurrente, se concluye que no se ha desvirtuado el Principio de Publicidad sobre la documentación requerida, debiendo desestimarse los argumentos de la entidad en este extremo.

Por otro lado, teniendo presente que la entidad añadió en su descargo formulado ante esta instancia, la excepción al derecho de acceso a la información pública prevista en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, es pertinente señalar que dicho supuesto exige el cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos:

1. La existencia de cierta información que haya sido creada o se encuentre en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis o recomendaciones, entre otros;
2. Que la información haya sido elaborada u obtenida por los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;
3. Que la información corresponda a una estrategia de defensa de la entidad; y,
4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

Así, para que cierta información sea considerada confidencial y se encuentre amparada por el citado supuesto de excepción, es necesario que los referidos requisitos sean cumplidos de manera concurrente.

Con respecto al requisito previsto en el numeral 1, resulta claro que la entidad ha reconocido la existencia en su poder del documento requerido, por lo que dicha exigencia se tiene por cumplida.

En cuanto al requisito establecido en el numeral 2, se tiene que el documento solicitado es un *"Informe Técnico-Legal"*, por lo que reconociendo que su elaboración necesitaría la participación de asesores jurídicos o abogados, este requisito también se tendría por cubierto.

Sin embargo, respecto a los requisitos previstos por los numerales 3 y 4 antes detallados, no se encuentra acreditado que el referido documento contenga una estrategia de defensa y mucho menos la existencia de un proceso administrativo, judicial, arbitral o de otra naturaleza decisoria, pues no basta que la entidad haya indicado que con fecha 30 de agosto de 2019 las empresas LATAM HYDRO LLC y CH MAMACocha S.R.L. hayan presentado una solicitud de arbitraje ante el CIADI, sino que le correspondía acreditar la efectiva existencia del referido arbitraje, lo cual no ha sido demostrado por la entidad en el presente caso, al haber omitido presentar, entre otras alternativas, las comunicaciones de intención de las empresas contratistas, un reporte o constancia del proceso arbitral u otro documento formal relacionado con la referida disputa.

Cabe anotar que la entidad ha sostenido que la documentación solicitada califica simultáneamente en las excepciones al derecho de acceso a la información previstas en los numerales 4 y 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, lo cual no resulta posible pues los supuestos, requisitos y naturaleza de la reserva de la información en cada caso es absolutamente distinta.

En el numeral 1 se destaca la relevancia de una futura -o probabilidad- decisión de gobierno a adoptar, lo cual requiere la existencia de ciertas condiciones como es contar con la potestad de emitir un acto administrativo por una autoridad de amplia competencia y jurisdicción, que tenga relevancia económica, social, política, salud, militar u otra de alcance general para un determinado sector de ciudadanos, presupuestos que no están presentes en el caso de análisis, pues de acuerdo con los argumentos de la entidad, el contexto de emisión del referido informe técnico-legal es el cumplimiento de un contrato de concesión suscrito entre el Estado Peruano y dos inversionistas, que si bien tiene relevancia para el país, las decisiones respecto a su ejecución o disputa no califican como decisión de gobierno, pues cualquier forma de solución entre las partes no puede sustentarse en una decisión unilateral discrecional sino que necesariamente debe ajustarse a los términos contractuales y las obligaciones de las partes.

A su vez, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia se fundamenta en una estrategia de defensa de los intereses del Estado, en el contexto de un proceso administrativo, judicial, arbitral e incluso internacional, sin embargo, no basta la sola alegación de una controversia, sino que corresponde a las entidades acreditar medianamente los requisitos previstos en el referido numeral, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Finalmente, respecto a la posible afectación a la defensa del Estado en la controversia aludida por la entidad, así como en otras similares, y que la publicidad del informe requerido perjudicaría el interés público al poner en riesgo la solución del problema bajo las reglas del contrato, e incluso la propia ejecución de las prestaciones pactadas, es pertinente anotar que conforme a lo previsto por el artículo 18 de la Ley de Transparencia, los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho de acceso a la información pública son los que se encuentran establecidos en los artículos 15 a 17 de la misma ley, debiendo incluso realizarse una interpretación restrictiva de tales excepciones por tratarse de una limitación a un derecho fundamental, no siendo atendibles los argumentos formulados por la entidad en este extremo.

Sin perjuicio de ello, es pertinente indicar que un derecho ciudadano es el escrutinio público de la gestión pública realizada por las autoridades del uso de los recursos públicos, sean estos económicos, naturales, e incluso de los bienes y servicios a cargo del Estado, de modo que al existir un contrato de concesión respecto a bienes y derechos de la Nación, su gestión, ejecución y defensa debe ser transparente, de modo que es evidente que los hechos ocurridos que derivaron el incumplimiento de una de las partes en el referido contrato de concesión, así como la identificación de las entidades y funcionarios responsables de generar tal controversia, no debe ser información reservada o confidencial.

En consecuencia, al no haberse desvirtuado el principio de publicidad de la información solicitada por el administrado, ni encontrarse acreditados los supuestos de excepción alegados por la entidad, corresponde la entrega de la documentación solicitada por la recurrente, previo pago del costo de reproducción, de ser el caso.

Por las consideraciones expuestas y en virtud de lo previsto por el artículo 6° y el numeral 1 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1353;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de Apelación N° 00175-2021-JUS/TTAIP de fecha 22 de enero de 2021, interpuesto por **MARIANA MALLEA QUIROZ** contra el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**, **REVOCANDO** la respuesta contenida en el correo electrónico de fecha 11 de enero de 2021 y el Informe N° 0011-2021-MINEM/DGE; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información solicitada por la recurrente.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a la ciudadana **MARIANA MALLEA QUIROZ**.

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 la ciudadana **MARIANA MALLEA QUIROZ** y al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18° de la norma antes citada.

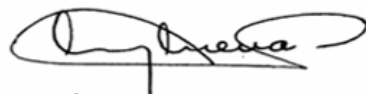
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: pcp