



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010300442019

Expediente : 00035-2019-JUS/TTAIP
 Impugnante : VICENTE JAVIER HUAMÁN JARA
 Entidad : Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL
 Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 15 de febrero de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00035-2019-JUS/TTAIP de fecha 30 de enero de 2019, interpuesto por el ciudadano **VICENTE JAVIER HUAMÁN JARA**, contra la Carta N° 021-2019-ESG notificada el 22 de enero de 2019, mediante la cual el **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL** denegó parcialmente la entrega de la información solicitada mediante escrito de fecha 28 de diciembre de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 28 de diciembre de 2018, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó al Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL, información relacionada con el expediente del Contrato de Prestación de Servicios N° 586-2014-SEDAPAL, derivado del Concurso Público N° 0003-2014, la documentación vinculada a los pagos realizados a la empresa Constructora y Servicios S.A. (CONSERSA), así como el cuaderno de servicio relacionado con su ejecución contractual¹.

Mediante Carta N° 002-2019-ESG, notificada el 10 de enero de 2019, la entidad puso a disposición del recurrente únicamente las copias del expediente de contratación requeridas, denegando la entrega de la información adicional contenida en su solicitud, alegando que ella constituye información confidencial.

En ese contexto, a través del escrito de fecha 14 de enero de 2019, el recurrente presentó a la entidad un recurso de reconsideración, el cual fue denegado mediante Carta N° 021-2019-ESG, notificada el 22 de enero de 2019, argumentando que los

¹ Requiere el expediente de contratación completo y conforme a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, la documentación de los pagos por los períodos de agosto a noviembre de 2015, así como de setiembre de 2015 a febrero de 2018, conteniendo informes mensuales de valorización, técnico de actividades y de seguridad, así como las conformidades de servicio, órdenes de servicio y los comprobantes de pago, entre otros.

documentos de gestión de pago y la información de penalidades por aplicar a los proveedores son considerados confidenciales conforme a lo dispuesto en el procedimiento denominado "Atención de Solicitudes de Información", aprobado por Resolución de Gerencia General N° 233-2018-GG del 12 de julio de 2017.

Con fecha 28 de enero de 2019, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, habiendo formulado la entidad su respectivo descargo mediante la Carta N° 081-2019-ESG, de fecha 11 de febrero de 2019.

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 N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM², 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, señala que se considera información pública a cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa.

El artículo 13° del mismo cuerpo legal señala expresamente que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones contempladas como información secreta, reservada y confidencial en los artículos 15°, 16° y 17° de la referida ley, respectivamente; asimismo, el artículo 18° de la norma antes aludida establece que las mencionadas excepciones son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben interpretarse de manera restrictiva, no siendo posible establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción adicional a las previstas por dicha ley.

Asimismo, el artículo 21° del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, precisa que aquellas entidades que produzcan o posean información de acceso restringido llevarán un registro de la misma, el cual se dividirá en secreta y reservada.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente es confidencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17° de la Ley de Transparencia.

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

a) Respecto al procedimiento denominado "Atención de Solicitudes de Información" de la entidad

Sobre el particular, el artículo 21° del Reglamento de la Ley de Transparencia, señala que las entidades que posean o produzcan información de acceso restringido deberán llevar un registro de la misma, conforme el siguiente texto:

"Artículo 21.- Registro

Aquellas entidades que produzcan o posean información de acceso restringido llevarán un Registro de la misma, el cual se dividirá en información secreta e información reservada".

(subrayado agregado)

En tal sentido, se advierte que el artículo antes mencionado aplica únicamente a aquella información que sea clasificada como secreta y reservada, no siendo de aplicación para el caso de la información confidencial.

Es preciso señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15° de la Ley de Transparencia, es considerada información secreta, entre otras, aquella vinculada con la seguridad nacional destinada a garantizar la seguridad de las personas y cuya relevación constituiría un riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, contempladas en la ley. De igual modo, el artículo 16° del mismo cuerpo legal califica como información reservada, aquella relacionada con prevenir y reprimir la criminalidad, planes de operaciones policiales, así como aquellas destinadas a combatir el terrorismo, tráfico ilícito de drogas y organizaciones criminales, los planes de seguridad, entre otras, de naturaleza similar.

En tal sentido, es en virtud a las características propias de la información expuesta en el párrafo precedente y los bienes jurídicos que protege, que las entidades que posean o produzcan dicha información deben llevar un registro de ésta, no siendo aplicable para el caso de aquella contemplada en el artículo 17° de la Ley de Transparencia como "confidencial"; en consecuencia, el argumento planteado por la entidad respecto de que elaboró el procedimiento "Atención de Solicitudes de Información" aprobado por Resolución de Gerencia General N° 233-2018-GG del 12 de julio de 2017, calificando diversa información de la entidad como "confidencial", en virtud de lo dispuesto por el artículo 21° del Reglamento de la Ley de Transparencia, carece de sustento legal conforme a lo expresado en los párrafos precedentes.

b) Respecto a la naturaleza de la información requerida

Sobre el particular, se debe tener en cuenta que el artículo 3° de la Ley de Transparencia, consagra expresamente el Principio de Publicidad,

estableciendo que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”.

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 consecuencia, la información 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 del estado es de acceso público.

Al respecto, es importante señalar respecto del extremo de la solicitud del recurrente vinculada a los pagos realizados por la entidad a la empresa Constructora y Servicios S.A. (CONSERSA), así como las conformidades de servicio otorgadas, órdenes de servicio, comprobantes de pago, entre otros, que el artículo 10° de la Ley de Transparencia califica como información pública, cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa⁴.

Por su parte, con relación a la información sobre la gestión de las entidades del Estado que debe ser publicada en los portales de transparencia⁵, el artículo 1° de la Directiva N° 001-2017-PCM/SGP - Lineamientos para la Implementación del Portal de Transparencia Estándar en las Entidades de la Administración Pública⁶, señala que dicha norma tiene por objeto establecer los lineamientos y formatos estándares de información obligatoria a difundir, precisándose en el numeral 7 del Anexo a dicha directiva, que se debe publicar lo siguiente:

“Procesos de selección de bienes y servicios, contrataciones directas, penalidades aplicadas, órdenes de bienes y servicios, publicidad, pasajes viáticos, telefonía fija, móvil e internet, uso de vehículos, plan anual de contrataciones, laudos arbitrales, actas de conciliación, comité de selección y otra información relevante para la entidad”.

De igual modo, el artículo 5° de la Ley de Transparencia precisa que las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente de acuerdo a su presupuesto la difusión a través de Internet de las adquisiciones de bienes y servicios que realicen, incluyendo el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos⁷; asimismo, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la

⁴ Artículo 10.- Información de acceso público
(...)

Asimismo, para los efectos de esta 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.

⁵ Mediante Decreto Supremo N° 063-2010-PCM se aprobó la implementación del Portal de Transparencia Estándar de las entidades de la Administración Pública.

⁶ Aprobada por Resolución Ministerial N° 035-2017-PCM de fecha 17 de febrero de 2017.

⁷ Artículo 5.- Publicación en los portales de las dependencias públicas

sentencia recaída en el Expediente N° 06460-2013-PHD/TC precisa que el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, conforme el siguiente texto:

“8. En la medida que el Estado está al servicio de la ciudadanía cuyos gestores se encuentran obligados a divulgar el sentido de sus decisiones así como sus acciones de manera íntegra y transparente, el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, tanto más en un contexto en el que la ciudadanía percibe que los recursos públicos no son utilizados eficientemente. Y es que tan importante como el control del gasto público que realiza la Contraloría, es el desarrollado por la ciudadanía en aras de su propio desarrollo económico y social”.

De esta manera, la información solicitada por el recurrente consistente en los documentos vinculados a los pagos realizado al proveedor CONSERSA, constituyen información pública al estar relacionados con las adquisiciones realizadas por el Estado y al servir de base para una decisión administrativa tomada por la entidad, por lo que corresponde ser proporcionada al recurrente.

De otro lado, respecto al extremo de la solicitud del recurrente vinculada con el cuaderno de servicio relacionado a la ejecución contractual del contrato N° 586-2014-SEDAPAL, es preciso señalar que la entidad lo ha considerado dentro del rubro “información de penalidad por aplicar a proveedores”; sin embargo, no ha especificado el procedimiento administrativo o de intento de aplicación de penalidad contractual que se hubiera instaurado al proveedor. En cuanto a ello, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00937-2013-PHD/TC ha referido lo siguiente:

“14. Como se puede apreciar el carácter confidencial que la Sunat ha atribuido a la Circular N.° 15-2008-TI no cumple las características que la ley exige para ello, pues el establecimiento de una política general para desincentivar la evasión tributaria no puede ser aparejada como una estrategia de aplicación frente a la posibilidad vaga de instauración de procedimientos administrativos sancionadores, pues la excepción invocada expresamente exige la existencia de una procedimiento administrativo en curso para restringir constitucionalmente información en los términos que alega la emplazada y que han sido detallados en el fundamento 4 supra”.

(subrayado agregado)

Al respecto, para restringir el acceso a la información pública, se debe contar con un procedimiento administrativo sancionador en trámite, cuya confidencialidad está sujeta a un período que no supera los seis (6) meses desde su inicio, no siendo suficiente la posibilidad de que éstos se puedan llegar a instaurar en un futuro; en tal sentido, la entidad no ha acreditado la existencia de un procedimiento en trámite en el que SEDAPAL haya comunicado al contratista su decisión de iniciar un procedimiento de

Las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente, de acuerdo a su presupuesto, la difusión a través de Internet de la siguiente información:

(...)

3. Las adquisiciones de bienes y servicios que realicen. La publicación incluirá el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos.

aplicación de una penalidad contractual; en tal sentido, la información requerida no se encuentra protegida por la excepción contemplada en el numeral 3 del artículo 17° de la Ley de Transparencia.

De otro lado, es importante señalar que la entidad ha otorgado la calificación de “confidencial” a la información requerida a través del procedimiento analizado en el literal precedente; sin embargo, no ha especificado en cuál de los seis (6) numerales correspondientes al artículo 17° de la Ley de Transparencia se encuentra incluida, argumentando únicamente que ésta se encuentra descrita en el mencionado procedimiento denominado “Atención de solicitudes de información”, específicamente en el numeral 7.1.4, así como en el literal “m” del numeral 11 del Anexo 01 “Información Confidencial por Gerencias y Equipos”, el cual señala lo siguiente:

“7.1 Equipo Programación y Ejecución Contractual

7.1.4 Documento de Gestión de pago, (documentación que se remite al Equipo Contabilidad General para el pago correspondiente).

(...)

11. Gerencia de Servicios

m) Información de penalidades por aplicar a proveedores”.

Es preciso señalar que el artículo 17° de la Ley de Transparencia califica como información confidencial aquella que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, aquella información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil, la vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública⁸, la 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, la referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar, entre otras.

En tal sentido, se advierte de autos que la entidad no ha cumplido con argumentar las razones por las que dicha información debe ser considerada confidencial y dentro de qué causal se encuentra 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:

“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

⁸ 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.

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 consecuencia, la información solicitada por el recurrente es de naturaleza pública; asimismo, la entidad al invocar la excepción no ha justificado los argumentos que sustentan su decisión, por lo que dicha información debe ser entregada al recurrente.

De otro lado, se advierte que el numeral 6.13 del procedimiento "Atención de Solicitudes de Información"⁹ alcanzado por la entidad a este Tribunal, señala lo siguiente: "*Los funcionarios públicos que tengan en su poder la información contenida en el numeral 6.12 del presente Procedimiento tienen la obligación de que ella no sea divulgada, siendo responsables si esto ocurre*"; sin embargo, de autos se aprecia que la calificación otorgada a la documentación que posee la entidad realizada en el Anexo 01 "*Información Confidencial por Gerencias y Equipos*" no se enmarca dentro de las excepciones previstas en el artículo 17° de la Ley de Transparencia, más aún si se tiene en cuenta que el artículo 18° del mismo cuerpo legal precisa que no se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la aplicación de la citada ley; en consecuencia, toda denegatoria posterior que efectúe la entidad calificando como confidencial la información que posee, deberá sustentarse en el artículo 17° de la Ley de Transparencia.

Finalmente, de conformidad con el artículo 30° 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.

De conformidad con lo dispuesto 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 recaído en el Expediente N° 00035-2019-JUS/TTAIP interpuesto por el ciudadano **VICENTE JAVIER HUAMÁN JARA**, **REVOCANDO** lo dispuesto por el **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL** en la Carta N° 021-2019-ESG; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información solicitada al recurrente.

Artículo 2.- SOLICITAR al **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL** a efectos de que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información al ciudadano **VICENTE JAVIER HUAMÁN JARA**, así como informe respecto de las medidas a adoptar respecto al Anexo 01 "*Información Confidencial por Gerencias y Equipos*" contenido en el procedimiento "Atención de Solicitudes de Información", aprobado por Resolución de Gerencia General N° 233-2018-GG.

⁹ Es preciso señalar que la entidad remitió a este Tribunal una copia no controlada del procedimiento "Atención de Solicitudes de Información".

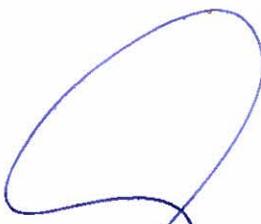
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al ciudadano **VICENTE JAVIER HUAMÁN JARA** y al **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL**, de conformidad con lo previsto en el numeral 16.1 del artículo 16° de la norma antes citada.

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



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: uzb