



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020302212020

Expediente : 00455-2020-JUS/TTAIP
Recurrente : **ALCIDES FRANCISCO BERROCAL OREGÓN**
Entidad : **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 17 de agosto de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00455-2020-JUS/TTAIP de fecha 17 de junio de 2020, interpuesto por **ALCIDES FRANCISCO BERROCAL OREGÓN** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de sus solicitudes de acceso a la información pública presentadas al **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL** con Expedientes N° 23497 y 23498 de fecha 17 de febrero de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 17 de febrero de 2020, el recurrente presentó dos (2) solicitudes de acceso a la información pública, requiriendo copia fedateada de la siguiente información:

Mediante el Expediente N° 23497 solicitó:

“Carta remitida a SEDAPAL por el CONSORCIO SAESA-HCI-SESCO, con RUC: 20509494356, indicando la Relación de Personal que iniciará los servicios del CONCURSO PÚBLICO N° 0025-2003-SEDAPAL de la Gerencia de Servicios Sur, en cumplimiento al CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS N° 308-2004-SEDAPAL, CLAUSULA QUINTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, Punto 5.2”. [sic]

Mediante el Expediente N° 23498 solicitó:

“Carta remitida a SEDAPAL por el CONSORCIO GESTION CENTRO, con RUC: 20516689103, indicando la Relación de Personal que iniciará los servicios del CONCURSO PÚBLICO N° 0010-2006-SEDAPAL, en el ámbito de la Gerencia de Servicios Centro, en cumplimiento al CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS N° 212-2007-SEDAPAL, CLAUSULA QUINTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, Punto 5.1” [sic]

Con fecha 13 de marzo de 2020, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, al considerar denegada su solicitud de acceso a la información pública en aplicación del silencio administrativo negativo.

Mediante la Resolución N° 020102232020¹, se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada y la formulación de sus descargos; los cuales, a la fecha de la emisión de la presente resolución no fueron presentados.

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.

En este marco, 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.

Por su parte, el artículo 10 del citado cuerpo normativo 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.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, 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 entidad se encuentra en la obligación de poseer la información solicitada, si ésta es pública; y, en consecuencia, corresponde su entrega al recurrente.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Sobre el particular, es pertinente anotar que el Estatuto Social del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL³ ha establecido su régimen legal. Así, en el primer párrafo del artículo 5 de dicha norma se señala lo siguiente: “SEDAPAL,

¹ Resolución de fecha 3 de agosto de 2020, notificada a través de la plataforma de la mesa de partes virtual de la entidad el día 10 de agosto de 2020, con confirmación de acuse de recepción de la misma fecha a horas 11:35, 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.

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ Dicho estatuto se visualiza en el siguiente link:
<http://www.sedapal.com.pe/documents/10154/8cc4f275-cb70-450f-b095-4879b10eb3e6>.

es una empresa estatal de derecho privado, íntegramente de propiedad del Estado, constituida como Sociedad Anónima". (Subrayado nuestro).

De otro lado, en el primer párrafo del artículo 8 del referido estatuto hace referencia a lo siguiente: "El capital social está representado por acciones emitidas por SEDAPAL a nombre del Estado representado por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE". (Subrayado nuestro).

Sobre el particular, es pertinente señalar que las empresas estatales están obligadas a entregar la información pública con la que cuenten, de conformidad con lo regulado por el artículo 8⁴ de la Ley de Transparencia, el cual establece que: "Las empresas del Estado están sujetas al procedimiento de acceso a la información establecido en la presente Ley de Transparencia".

Asimismo, el artículo 9 de la Ley de Transparencia establece lo siguiente: "Las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce".

En ese contexto, es preciso identificar las formas en que se desarrolla la actividad empresarial del Estado. Así, el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1031, *Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado*, ha identificado tres formas:

- 4.1 *Empresas del Estado de accionariado único: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.* (Subrayado nuestro).
- 4.2 *Empresas del Estado con accionariado privado: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.*
- 4.3 *Empresas del Estado con potestades públicas: Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación".*

Ahora bien, en los Fundamentos 22 a 25 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03994-2012-PHD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

22. *En la línea de lo expuesto, **para efectos de la eficacia del derecho de acceso a la información pública frente a estas empresas del Estado resulta necesario identificar las razones que justifiquen que sea posible un requerimiento de información ante las mismas.***

⁴ **"Artículo 8.- Entidades obligadas a informar**

Las entidades obligadas a brindar información son las señaladas en el artículo 2 de la presente Ley.

Dichas entidades identificarán, bajo responsabilidad de su máximo representante, al funcionario responsable de brindar información solicitada en virtud de la presente Ley. En caso de que éste no hubiera sido designado las responsabilidades administrativas y penales recaerán en el secretario general de la institución o quien haga sus veces.

Las empresas del Estado están sujetas al procedimiento de acceso a la información establecido en la presente Ley."

23. Al respecto, **una primera razón es la referida a la conformación del accionariado de las empresas del Estado**. En tanto la existencia de un accionariado estatal supone ineludiblemente un acto de disposición de recursos públicos, el interés público en el destino de esa actividad es inobjetable. Las acciones en titularidad del Estado serán pues elementos que permitan identificar un interés público en la empresa, interés que debe estar abierto al control de los ciudadanos en un Estado democrático.
24. **Una segunda razón**, que permite superar las insuficiencias de la primera en los casos de accionariado minoritario, **es la existencia de control de la empresa por parte del Estado**. Y es que más allá de la cantidad de acciones que pueda tener el Estado en una empresa, lo que permite trasladar los fines públicos al desarrollo de una actividad empresarial es la existencia de control por parte del Estado. Es mediante este control de la actividad que se concretiza la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado que manda la Constitución”.
25. En consecuencia, **es la presencia de estos dos elementos (accionariado estatal y control por parte del Estado) lo que será necesario para acreditar que existe interés público en estos casos. Así podrá aplicarse el principio de publicidad, tal como ha sido previsto en la norma correspondiente, con la presunción de que la información en posesión de estas empresas es, en principio, también pública**”. (Enfasis nuestro).

En ese sentido, se advierte que el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL tiene accionariado estatal y es el Estado quien ejerce el control de dicha empresa, por lo que toda la información que posee es de naturaleza pública, salvo los supuestos de excepción establecidos en la Ley de Transparencia.

Respecto a la información requerida.

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 cuenten o no tengan 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, el recurrente solicitó a la entidad lo siguiente: *i)* Carta remitida a SEDAPAL por el CONSORCIO SAESA-HCI-SESCO, indicando la relación de personal que iniciará los servicios del CONCURSO PÚBLICO N° 0025-2003-SEDAPAL de la Gerencia de Servicios Sur, en cumplimiento al Contrato de Prestación de Servicios N° 308-2004-SEDAPAL, Cláusula Quinta: Obligaciones del Contratista, punto 5.2; y, *ii)* Carta remitida a SEDAPAL por el CONSORCIO GESTION CENTRO, con indicando la relación de personal que iniciará los servicios del CONCURSO PÚBLICO N° 0010-2006-SEDAPAL, en el ámbito de la Gerencia de Servicios Centro, en cumplimiento al Contrato de Prestación de Servicios N° 212-2007-SEDAPAL, Cláusula Quinta: Obligaciones del Contratista, punto 5.1.

Al respecto, la entidad omitió señalar que no contaba con la información solicitada, que no tenía obligación de poseerla o que, de mantenerla en su poder, se encontraba en uno de los supuestos de excepción contemplados en la Ley de Transparencia, 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 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 nuestro)

En esa línea, atendiendo a que la entidad no ha manifestado y acreditado que dicha documentación se encuentre protegida por alguna excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por la Ley de Transparencia, la Presunción de Publicidad respecto del acceso a dicha documentación se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada por la mencionada entidad.

A mayor abundamiento, es oportuno precisar que el recurrente anexó al presente recurso de apelación materia de análisis la copia simple del Contrato de Prestación

de Servicios N° 308-2004-SEDAPAL relacionado al **Concurso Público N° 0025-2003-SEDAPAL** y del Contrato de Prestación de Servicios N° 212-2007-SEDAPAL relacionado al **Concurso Público N° 0010-2006-SEDAPAL**, en atención a ello, esta instancia pudo evidenciar que la información requerida por el administrado fue solicitada en virtud del cumplimiento de los Contratos de Prestación de Servicios N° 308-2004-SEDAPAL y 212-2007-SEDAPAL, por los cuales los referidos consorcios, quedaban obligados a remitir a SEDAPAL, la relación de personal con el que ejecutarán los servicios que fueron objeto de los señalados concursos, conforme se puede apreciar de las siguientes imágenes:

Concurso Público N° 0025-2003-SEDAPAL, Cláusula Quinta, 5.2

CLÁUSULA QUINTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

EL CONTRATISTA por el presente Contrato se obliga, con estricta sujeción a las Bases del CONCURSO PÚBLICO N° 0025-2003-SEDAPAL y las condiciones generales de su propuesta técnico - económica, que forman parte del presente documento, así como a los términos y condiciones de este contrato, entre otras, las siguientes:

- 5.2 Remitir a SEDAPAL, por medidas de seguridad, a los quince días de firmado el Contrato la relación de personal con el que ejecutará los servicios objeto del presente Concurso, que necesariamente deberá ser el que fue propuesto y evaluado en el proceso de selección, adjuntando los siguientes documentos:
- 5.2.1 Curriculum Vitae indicando sus estudios y experiencia laboral en actividades materia del presente Concurso Público; preferentemente el personal propuesto debe tener estudios superiores y una amplia experiencia en actividades comerciales. Se debe adjuntar foto tamaño pasaporte.
 - 5.2.2 Certificado de Antecedentes Policiales no superior a los treinta (30) días de presentación de la documentación.

Concurso Público N° 0010-2006-SEDAPAL, Cláusula Quinta, 5.1

CLÁUSULA QUINTA: OBLIGACIONES DEL CONSORCIO

EL CONSORCIO, por el presente Contrato se obliga, con estricta sujeción a las bases del Concurso Público N° 0010-2006-SEDAPAL y las condiciones generales de su propuesta técnico - económica, que forman parte del presente documento, así como a los términos y condiciones de este contrato, entre otras, las siguientes:

- 5.1 Remitir a SEDAPAL antes del inicio del servicio la relación de personal con el que se ejecutarán los servicios objeto del presente Concurso, adjuntando los siguientes documentos:
- Curriculum Vitae indicando el grado de instrucción y la experiencia laboral en actividades materia del presente Concurso Público. El personal propuesto debe tener como mínimo secundaria completa y experiencia en actividades comerciales. Se debe adjuntar foto tamaño pasaporte.
 - Certificado de Antecedentes Policiales y Penales no superior a treinta (30) días de presentación de la documentación.
 - Dicha información deberá ser alcanzada al Equipo Comercial respectivo.
- 5.2 Resolver en el campo los problemas...

Teniendo en cuenta ello y atendiendo a que se trata de información remitida por un proveedor en virtud de una adquisición estatal realizada con cargo a recursos públicos, dicha información posee igualmente naturaleza pública.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es importante señalar que la existencia de información protegida por el derecho a la intimidad y la protección de datos personales, no constituye un argumento para denegar la totalidad de la información requerida. En cuanto a ello, es importante tener en consideración los Fundamentos del 6 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, en el que analiza la entrega de la ficha personal de una servidora pública, que al contener dicho documento información de carácter público (los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas), así como datos de carácter privado (como por ejemplo, los datos de individualización y contacto), dicho Colegiado estimó que es posible tachar éstos últimos y así garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

“6. De autos se advierte que la ficha personal requerida contiene tanto información de carácter privado como información de carácter público. En efecto, mientras que la información de carácter privado se refiere a datos de individualización y contacto del sujeto a quien pertenece la ficha personal; la información de carácter público contenida en el referido documento abarca datos que fueron relevantes para contratarla, tales como el área o sección en la que la persona ha desempeñado funciones en la Administración Pública; la modalidad contractual a través de la cual se le ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas.

7. No solamente no existe razón para limitar la entrega de información referida a las cualificaciones relevantes que fueron decisivas para la contratación de un empleado en la Administración Pública, sino que, hacerlo, desincentivar la participación ciudadana en la fiscalización de la idoneidad del personal que ingresa a ella.

8. Al respecto, no puede soslayarse que la ciudadanía tiene interés en contar con personal cualificado en la Administración Pública, por lo que impedirle el acceso a información relativa a las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en dicha Administración Pública, no tiene sentido. En todo caso, la sola existencia de información de carácter privado dentro de un documento donde también existe información de carácter público no justifica de ninguna manera negar, a rajatabla, su difusión.

9. Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo petitionado, previo pago del costo de reproducción”.

(subrayado agregado)

En tal sentido, en caso exista datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar, corresponde proceder al tachado respectivo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19⁵ de la Ley de Transparencia, que establece el derecho de acceso a la información pública de manera parcial.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que entregue la información pública solicitada por el recurrente, procediendo, de ser el caso, con el tachado de aquellos datos protegidos 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 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

⁵ De acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Transparencia:

“Artículo 19.- Información parcial

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.”

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 **ALCIDES FRANCISCO BERROCAL OREGÓN**, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública y; en consecuencia, **ORDENAR** al **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL** que entregue la información pública solicitada por el recurrente y de ser el caso, proceda con el tachado de 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 **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de la información solicitada por **ALCIDES FRANCISCO BERROCAL OREGÓN**.

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 mediante 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 **ALCIDES FRANCISCO BERROCAL OREGÓN** y al **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL**, 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