



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 000283-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01614-2020-JUS/TTAIP
Recurrente : [REDACTED]
Entidad : **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA –
SEDAPAL S.A.**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 16 de febrero de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 01614-2020-JUS/TTAIP de fecha 11 de diciembre de 2020, interpuesto por [REDACTED] contra la Carta N° 415-2020-ESG de fecha 7 de diciembre de 2020¹ mediante la cual el **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL S.A.**² denegó su solicitud de acceso a la información pública de fecha 24 de noviembre de 2020 con Registro N° 92161-2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 24 de noviembre de 2020 el recurrente solicitó copia simple de: *“LA CARTA 1589-2019-GG DEL 11 DE NOVIEMBRE 2019 SUSCRITA POR EL GERENTE GENERAL DE SEDAPAL DÓNDE REPORTO EL ÚLTIMO INFORME A VIVIENDA – VMCS - DGAA afirmación realizada por la abogada Yohana Sofía Garay Romero en el caso arbitral 0061 - 2019”*

A través de la Carta N° 415-2020-ESG, de fecha 7 de diciembre de 2020, la entidad remitió al recurrente el Memorando N° 906-2020-ESCP elaborado por el Equipo Seguimiento y Control de Plantas de la Gerencia de Producción y Distribución Primaria que dispone denegar la entrega de la información solicitada al calificarla confidencial conforme a las excepciones establecidas en los numerales 4 y 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, precisando que este último numeral es concordante con el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje³.

Con fecha 11 de diciembre de 2020 el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando que la documentación que toda entidad pública posea, administre o haya generado en el ejercicio de sus funciones constituye información de naturaleza pública más aún si está corresponde a gastos cubiertos con fondos públicos así como procesos de contratación y ejecución de diversas obras públicas a cargo de SEDAPAL, por lo que considera que la entidad debe entregarle la información solicitada.

¹ Documento que contiene el Memorando N° 906-2020-ESCP y anexos.

² En adelante, SEDAPAL. S.A.

³ En adelante, Decreto Legislativo N° 1071.

Mediante la Resolución 000155-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA⁴ se admitió a trámite el citado recurso de apelación, requiriendo a la entidad la presentación de los descargos correspondientes.

Con fecha 8 de febrero de 2021 la entidad presentó sus descargos mediante la Carta N° 064-2021-ESG, en la que adjunta el Memorando N° 124-2021-ESCP de fecha 5 de febrero de 2021 elaborado por el Equipo de Seguimiento y Control de Planta de la Gerencia de Producción y Distribución Primaria, mediante el cual ratifican que no es posible atender lo solicitado, teniendo presente la opinión legal del equipo de asuntos legales remitido con Memorando N° 1457-2020 -EAL de fecha 4 diciembre 2020 así como lo indicado en el Memorando N° 906-2020- ESCP de fecha 7 de diciembre 2020.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

A su vez, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS⁵, establece que por el principio de publicidad 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 de dicho principio.

Por su parte, el artículo 10 de la citada ley 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 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 Intereses⁶, refiere que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones previstas por los artículos 15 a 17 de la mencionada ley.

De otro lado, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia 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.

⁴ Resolución de fecha 2 de febrero de 2021, notificada a la entidad con fecha 4 de febrero de 2021.

⁵ En adelante, Ley de Transparencia.

⁶ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

Asimismo, el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 18 de la referida ley señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente es de naturaleza confidencial exceptuada del derecho de acceso a la información pública, según lo dispuesto en los numerales 4 y 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Conforme con lo dispuesto por las normas citadas 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.

Con relación a dicho principio, 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 (STC N.º 02579-2003-HD/TC), 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, en el último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, dicho colegiado ha señalado que corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano, debido a que posee la carga de la prueba:

“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).

A su vez, respecto a la aplicación de las excepciones, el referido colegiado ha establecido que no basta que una declaración de confidencialidad se legitime por la sola definición contenida en una ley, sino que es necesario analizar su trascendencia y finalidad práctica en la realidad, conforme se desprende del Fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC: *“Evidentemente, no es constitucionalmente tolerable que una declaración de confidencialidad se legitime por el sólo hecho de ampararse en la ley. Los derechos constitucionales, como lo eran en el Estado legal de derecho, no valen en el ámbito*

de las leyes, sino a la inversa: las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales; de manera que, si a través de una ley se limita el ejercicio de un derecho fundamental, tal restricción necesariamente debe sustentarse en un fin constitucionalmente valioso, además de presentarse como una medida estrictamente necesaria y adecuada para conseguir lo que se persigue alcanzar." (subrayado nuestro).

En el caso de autos se aprecia que el recurrente solicita una carta emitida por la entidad, señalando que toma como referencia una afirmación realizada por la abogada Yohana Sofía Garay Romero en un caso arbitral del año 2019.

La entidad denegó la entrega de la información solicitada señalando que el referido documento está relacionado al Contrato de Prestación de Servicios N° 113-2018 SEDAPAL que dio origen al "Servicio de enrocado salida del túnel Patahuay Sapicancha", cuya resolución contractual por parte de SEDAPAL está incluida en el Proceso Arbitral N° 0061-2019-CCL que se viene llevando en la Cámara de Comercio de Lima CCL, agregando que dicho proceso se encuentra en trámite, específicamente en etapa probatoria, por lo que no existe resolución definitiva que ponga fin a dicho proceso arbitral, considerando que la información solicitada se encuentra contemplada en los supuestos de excepción establecidos en los numerales 4 y 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, concordado este último con el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje).

Ahora bien, con relación a la excepción al derecho de acceso a la información pública invocada por la entidad, respecto al numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05549-2015-PHD/TC, lo siguiente:

"(...) A criterio de este Tribunal, dicho límite será entendido correctamente desde una interpretación tuitiva del derecho invocado, como corresponde ante solicitudes de información de documentación emitida o actuada al interior de procesos judiciales o arbitrajes en trámite, que en cada caso se señale y evalúe si lo solicitado, al ser entregado, revelaría la estrategia legal desarrollada por los letrados a cargo de la defensa de los intereses de las entidades públicas, pues la distinción casuística asegura que el ciudadano pueda fiscalizar el actuar del Estado."

En ese sentido, el supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia 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, el documento solicitado es la Carta N° 1589-2019-GG, cuya existencia y tenencia ha sido reconocida por la entidad, por lo que este requisito se encuentra acreditado.

En cuanto a los requisitos establecidos en los numerales 2 y 3, es pertinente advertir que no se ha acreditado que la referida carta expedida por el Gerente General de la entidad contenga una evaluación jurídica o legal, o un informe elaborado total o parcialmente con la participación de un profesional en derecho; asimismo, no se ha acreditado que dicha carta corresponda a una estrategia de defensa de la entidad, pudiendo versar sobre cualquier tema no necesariamente legal y mucho menos de estrategia de defensa, por lo que no se cumplen las referidas disposiciones.

Sobre el requisito contemplado en el numeral 4, la entidad señala que la carta solicitada forma parte del Proceso Arbitral N° 0061-2019-CCL seguido en la Cámara de Comercio de Lima (CCL), sin embargo, de autos no se advierte que la entidad haya demostrado la existencia del mencionado proceso de arbitraje en trámite, no obstante que le corresponde acreditar documentariamente el supuesto de excepción alegado, como sería, entre otras alternativas, con un reporte o constancia de la Cámara de Comercio de Lima sobre el estado del referido proceso arbitral, copia del acta de instalación del Tribunal Arbitral o una copia de alguna notificación de una resolución o disposición emitida por el Tribunal correspondiente, siendo insuficiente hacer mención al Caso Arbitral N° 061-2019-CCL, más aún si la entidad ha omitido proporcionar información elemental sobre las partes sometidas a arbitraje, el contrato u obra materia de discusión y la relación que existe entre el documento solicitado y el proceso arbitral invocado por la entidad, no existiendo en autos mayores elementos que permitan validar el cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados.

En efecto, de autos se advierte que SEDAPAL S.A. no ha demostrado la existencia conjunta de los cuatro requisitos exigidos por la referida norma para calificar como confidencial la información solicitada por el recurrente, en consecuencia, al no haberse desvirtuado el principio de publicidad ni acreditado el supuesto de excepción establecido en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el argumento de la entidad debe ser desestimado.

Con relación a lo manifestado por la entidad en el sentido que la información solicitada se encuentra comprendida en la excepción establecida en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, la cual remite a una excepción establecida por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República, invocando a su vez la confidencialidad de un proceso arbitral, es pertinente traer a colación lo señalado por el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, que establece lo siguiente:

“Artículo 51.- Confidencialidad y publicidad

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte”.

Conforme se advierte de la referida norma, la confidencialidad de un proceso arbitral está reservada a las partes, sin embargo, para que determinada documentación no sea pública, quien alega tal reserva debe acreditar fehacientemente lo siguiente:

1. La existencia de un proceso arbitral que se encuentre en trámite.
2. Indicios que el documento solicitado forma parte o ha sido ingresado al referido proceso arbitral.

En el presente caso se tiene que mediante Memorando N° 906-2020-ESCP la entidad ha alegado que el documento solicitado forma parte de un proceso arbitral que a la fecha se encuentra en trámite, haciendo referencia al Caso Arbitral N° 061-2019-CCL en el que señala ser parte; sin embargo, atendiendo que las entidades que deniegan el acceso a la información pública tienen la obligación de acreditar la excepción alegada, es pertinente anotar que no basta el solo dicho de la entidad sobre la existencia de un proceso arbitral, sino que debe acreditar documentariamente su existencia y además que este se encuentre en trámite, tal como se ha indicado en los párrafos precedentes. Cabe anotar que, si bien el referido proceso arbitral es mencionado por el recurrente en su solicitud de acceso a la información pública, ello lo hace indicando que es una afirmación realizada por la abogada Yohana Sofía Garay Romero.

Asimismo, y en concordancia con los requisitos de confidencialidad antes referidos, la entidad tiene la carga de acreditar que la Carta N° 1589-2019-GG solicitada por el recurrente, ha sido efectivamente incorporada en el referido proceso arbitral, pues no existe evidencia que dicho documento haya sido presentado como parte del expediente en disputa o como un medio probatorio ofrecido por las partes.

Con relación a lo manifestado por la entidad en el Memorando N° 124-2021-ESCP, respecto al voto singular de la Vocal Silvia Vanesa Vera Muelle en la Resolución N° 020303732020 de fecha 9 de octubre de 2020 expedida por la Segunda Sala de este Tribunal en el Expediente N° 820-2020-JUS/TTAIP, en el que consideró que la entidad acreditó la existencia de un proceso arbitral, es pertinente anotar que en dicho expediente la información solicitada fue: “(...) 1.- VIAJES DE COMISIÓN DE SERVICIOS, Y/O VISITAS DE SUPERVISION REALIZADA A LA OBRA DENOMINADA “SERVICIOS DE MANTENIMIENTO DE MARCA III”, en mérito al contrato de prestación de servicios n° 101-2018-Sedapal 2. VIAJES DE COMISIÓN DE SERVICIOS, Y/O VISITAS DE SUPERVISIÓN REALIZADA A LA OBRA DENOMINADA “SERVICIO DE ENROCADO SALIDA DEL TUNEL PATAHUASY – SAPICANCHA” en mérito al contrato de prestación de servicios n° 113-2018-Sedapal. (...)”.

Ahora bien, en los descargos y documentación presentada en el Expediente N° 820-2020-JUS/TTAIP, la entidad incluyó el Memorando N° 1148-2020-EAL de fecha 9 de octubre de 2020, en el que se indica que el Contrato de Prestación de Servicios N° 101-2018-Sedapal estaba a cargo de la empresa CANVAR, y el Contrato de Prestación de Servicios N° 113-2018-Sedapal estaba a cargo del Consorcio JEKAFE. Asimismo, la entidad presentó un documento

correspondiente al Expediente Arbitral N° 2161-63-19 seguido ante el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el que una de las partes sería la empresa CANVAR, con lo cual estaría acreditada en todo caso -y únicamente-, la confidencialidad del Contrato de Prestación de Servicios N° 101-2018-Sedapal correspondiente al contratista CANVAR, pero de ningún modo se acreditó la confidencialidad del Contrato de Prestación de Servicios N° 113-2018-Sedapal a cargo del Consorcio JEKAFE, siendo precisamente esta documentación la que ha sido solicitada por el recurrente en el presente caso.

En consecuencia, siendo que la entidad no acreditó en autos la existencia del Caso Arbitral N° 061-2019-CCL, que este se encuentre aun en trámite, y que la Carta N° 1589-2019-GG haya sido ingresada o forme parte de los antecedentes del referido arbitraje, se concluye que no se ha demostrado las causales de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por la Ley de Transparencia, de modo que la Presunción de Publicidad sobre dicha documentación no ha sido desvirtuada, debiendo estimarse el recurso de apelación materia de análisis.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses; y con los numerales 111.1 y 111.2 del artículo 111° de la Ley N° 27444, con votación en mayoría;

SE RESUELVE:



Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 01614-2020-JUS/TTAIP de fecha 11 de diciembre de 2020, interpuesto por [REDACTED], contra la Carta N° 415-2020-ESG de fecha 7 de diciembre de 2020, en consecuencia, **ORDENAR** al **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL S.A.** entregar la información solicitada por el recurrente.

Artículo 2.- SOLICITAR al **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL S.A.** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.



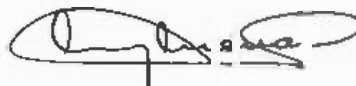
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública la notificación de la presente resolución a [REDACTED] y al **SERVICIO DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL S.A.**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la norma señalada en el artículo precedente.

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



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENAMENA
Vocal

vp: pcp/cmn

VOTO SINGULAR DEL VOCAL SEGUNDO ULISES ZAMORA BARBOZA

Con el debido respeto por mis colegas Vocales Titulares de la Primera Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dentro del marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10°- D del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS⁷, debo señalar que en el presente caso mi voto es porque se declara INFUNDADO el recurso de apelación, por los siguientes argumentos:

La entidad ha precisado que la documentación requerida se encuentra dentro de un proceso arbitral, identificando plenamente el número que identifica al referido proceso: Proceso Arbitral N° 0061-2019.

De igual manera, la entidad ha señalado la institución en la que se viene llevando a cabo dicho arbitraje, manifestando que esta se viene desarrollando en la Cámara de Comercio de Lima.

Siendo esto así, a criterio del suscrito, la entidad ha acreditado la existencia de un proceso arbitral, la entidad en la que se viene llevando a cabo, así como ha afirmado que dicho procedimiento se encuentra en trámite, por lo que a criterio del suscrito ha acreditado fehacientemente la causal invocada dentro del marco del Principio de Buena Fe Procedimental consagrado en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, que señala *“1.8. Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley”*; así como el artículo 52 del mismo cuerpo legal que señala: *“Artículo 52.- Valor de documentos públicos y privados 52.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades”*.

En tal sentido, la entidad no solamente ha invocado la causal sino que ha expresado el número de procedimiento y la institución arbitral correspondiente, por lo que corresponde declarar Infundado el recurso de apelación.



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente

⁷

Artículo 10-D.- Funciones de los Vocales

El vocal tiene las siguientes funciones:

(...)

3) Participar y votar en las sesiones de la Sala que integra; así como, expresar las razones de su voto singular o discrepante.