



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 000097-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02602-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **JESÚS CUYCAPOSA ROJAS**
Entidad : **PROYECTO ESPECIAL LEGADO JUEGOS PANAMERICANOS
Y PARAPANAMERICANOS**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 12 de enero de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 02602-2021-JUS/TTAIP de fecha 3 de diciembre de 2021, interpuesto por **JESÚS CUYCAPOSA ROJAS** contra la comunicación contenida en el correo electrónico de fecha 30 de noviembre de 2021, mediante la cual el **PROYECTO ESPECIAL LEGADO JUEGOS PANAMERICANOS Y PARAPANAMERICANOS** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con Número de Registro E-383243-2021 de fecha 16 de noviembre de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 16 de noviembre de 2021, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad la entrega vía correo electrónico de la siguiente información:

“1. Requisitos de información organizacional (OIR), Requisitos de información de los activos (AIR), Requisitos de información del proyecto (PIR), Requisitos de intercambio de información (EIR), Plan de Ejecución BIM (BEP), Evaluación de Competencias y Capacidades (CCA), Matriz de Responsabilidades y Cuadro de riesgos del Equipo de Ejecución de los proyectos desarrollados con BIM.¹

2. Directivas, lineamientos, procedimientos u otros documentos normativos internos que regulan la aplicación de BIM en el desarrollo de proyectos en su organización.²

3. Requisitos de calificación, criterios de calificación y metodología de evaluación del cumplimiento de los requisitos de calificación, empleados en la selección de los postores en las convocatorias para la elaboración del expediente técnico o documento equivalente, ejecución de obras, supervisión de obras, mantenimiento y operación de los proyectos desarrollados con BIM.³

¹ En adelante, ítem 1.

² En adelante, ítem 2.

³ En adelante, ítem 3.

4. Resultados del monitoreo de indicadores de gestión, desempeño e impacto de los proyectos desarrollados con BIM.⁴



Mediante la comunicación contenida en el correo electrónico de fecha 30 de noviembre de 2021, la entidad atendió el requerimiento de información del recurrente, proporcionándole copia del Memorando N° 807-2021-MTC/34.10, a través del cual le manifestó que *“(…) no se tenía lineamientos para la aplicación de BIM, principalmente debido a los plazos ajustados e inamovibles (fecha de entrega de todas las sedes para los juegos, junio 2019), ya que la implementación de un plan BIM, requiere tiempo y además mayores recursos humanos (especialistas en implementación y uso del BIM) y técnicos y tecnología (software, hardware, equipos de cómputo)”*, precisando que *“(…) algunos de los contratistas que ejecutaron las sedes, como parte de oferta, sí utilizaron el sistema BIM, sobre todo en la etapa de diseño”*.



Con fecha 2 de diciembre de 2021, el recurrente interpuso recurso de apelación contra el correo electrónico de fecha 30 de noviembre de 2021, señalando que la entidad solo le informó que no cuenta con el ítem 3 de su solicitud, habiendo indicado *“que algunos contratistas sí utilizaron BIM en la etapa de diseño”*, y que, a partir de dicha afirmación, ha comprendido que *“(…) sí cuentan con el primero, segundo y cuarto punto, sin embargo, no se ha realizado la entrega de esa información”*.



Mediante Resolución 002671-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA⁵, esta instancia admitió a trámite el recurso de apelación y solicitó a la entidad que en un plazo máximo de cuatro (4) días formule su descargo; requerimientos que fueron atendidos mediante Oficio N° 0002-2022-MTC/34-2019.01.03 de fecha 11 de enero de 2022, que adjunta copia del Memorandum N° 0016-2022-MTC/34.10 de fecha 9 de enero de 2022, a través del cual la Dirección de Proyectos e Infraestructura Definitiva precisa que *“(…) en cuanto a los cuatro puntos, que la Entidad no ha generado la información requerida, por cuanto no ha trabajado con la metodología BIM”* y que *“(…) en cuanto a que algunos contratistas sí han trabajado con dicha metodología, se precisa que esta ha sido utilizada en su ámbito privado, cumpliendo con entregar los diseños finales a la Entidad, por lo que se reitera que no se cuenta con la información solicitada por el administrado, puesto que ésta no ha sido generada por la Entidad”*.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona goza del 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-JUS⁶, establece que, en virtud del Principio de Publicidad, toda información que posea el Estado es de acceso ciudadano, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 10 del mismo texto señala que *“[l]as entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida (…) en documentos escritos (…), siempre que*

⁴ En adelante, ítem 4.

⁵ Notificada con fecha 6 de enero de 2022, mediante Cédula de Notificación N° 41-2022-JUS/TTAIP.

⁶ En adelante, Ley de Transparencia.

haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control". Asimismo, el segundo párrafo de dicho artículo indica que es información pública la que sirve de base a una decisión administrativa.

Además, el artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que "[s]i el requerimiento de información no hubiere sido satisfecho, la respuesta hubiere sido ambigua, no se hubieren cumplido las exigencias precedentes, se considerará que existió negativa en brindarla".



2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la entidad brindó al recurrente una respuesta acorde a la Ley de Transparencia.



2.2 Evaluación de la materia en discusión

En virtud del Principio de Publicidad, contemplado en el artículo 3 de la Ley de Transparencia, el acceso ciudadano a la documentación en poder de las entidades públicas es la regla, mientras que la reserva es la excepción. En razonamiento del Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4 de su sentencia recaída en el Expediente N° 05812-2006-HD/TC:



"(...) un Estado social y democrático de Derecho se basa en el principio de publicidad (artículo 39º y 40º de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. Excepcionalmente el acceso a dicha información puede ser restringido siempre que se trate de tutelar otros bienes constitucionales, pero ello de[b]e ser realizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

Con el propósito de garantizar el suministro de información pública a los ciudadanos, corresponde a toda entidad pública, en virtud del artículo 13 de la Ley de Transparencia suministrar la información requerida de clara, precisa y completa. Siguiendo al Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 3 de su sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC:

"A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa".

En coherencia con lo anterior, este Tribunal sostiene que corresponde a toda entidad contestar de manera clara, precisa y completa las solicitudes de acceso a la información pública presentadas por los ciudadanos en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, cuya obligación se extiende a los casos de inexistencia, en cuyo caso, conforme al tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada.

De autos, se advierte que la entidad atendió el requerimiento de información del recurrente, remitiéndole copia del Memorando N° 807-2021-MTC/34.10 de fecha 30 de noviembre de 2021, de la Dirección de Proyectos e Infraestructura Definitiva, en el cual se manifiesta lo siguiente:

“Como Proyecto Especial Juegos Panamericanos Lima 2019, no se tenía lineamientos para la aplicación de BIM, principalmente debido a los plazos ajustados e inamovibles (fecha de entrega de todas las sedes para los juegos, junio 2019), ya que la implementación de un plan BIM, requiere tiempo y además mayores recursos humanos (especialistas en implementación y uso del BIM) y técnicos y tecnología (software, hardware, equipos de cómputo).

Sin perjuicio de ello, algunos de los contratistas que ejecutaron las sedes, como parte de oferta, sí utilización el sistema BIM, sobre todo en la etapa de diseño”. (subrayado agregado)

De igual manera, a través de la formulación de descargos la entidad ha remitido a esta instancia, copia del Memorandum N° 0016-2022-MTC/34.10 de fecha 9 de enero de 2022, de la Dirección de Proyectos e Infraestructura Definitiva, en el cual se agrega que:

“4. El artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado por DS N° 021-2019-JUS indica: “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 (...)” (el subrayado es nuestro) (sic).

Asimismo, los lineamientos Resolutivos del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado mediante Resolución de Sala Plena N° 000001-2021-SP de fecha 01 de marzo de 2021, indican en el numeral 9, lo siguiente: “Se considera que la entidad otorgo una respuesta clara, precisa y completa al solicitante, cuando deniega la entrega de la información solicitada alegando su inexistencia en su acervo documentario, siempre y cuando se señale lo siguiente: a) Si se requiere información que únicamente pudo haber sido generada por la entidad, deberá señalarse de manera clara y precisa si la entidad generó o no la documentación requerida. (...)”.

En razón de lo expuesto, se precisa respecto a la información solicitada por el administrado Sr. Jesús Cuycaposa Rojas, en cuanto a los cuatro puntos, que la Entidad no ha generado la información requerida, por cuanto no ha trabajado con la metodología BIM, siendo que para la ejecución de los proyectos a cargo del Proyecto Especial Juegos Panamericanos y Para Panamericanos Lima 2019, los plazos eran muy cortos y la implementación de dicha metodología requería mayores plazos, contar con mayores recursos humanos y también con recursos técnicos y tecnológicos.

Asimismo, con relación a la respuesta brindada al administrado, en cuanto a que algunos contratistas si han trabajado con dicha metodología, se precisa, que esta ha sido utilizada en su ámbito privado.

cumpliendo con entregar los diseños finales a la Entidad, por lo que se reitera que no se cuenta con la información solicitada por el administrado, puesto que ésta no ha sido generada por la Entidad." (subrayado agregado)

Sobre el particular, es preciso destacar que conforme a los artículos 10⁷ y 13⁸ de la Ley de Transparencia, una entidad no solo se encuentra obligada a entregar la información requerida cuando la haya generado o producido, sino también cuando posee dicha información, por lo que para denegar la solicitud de información, la entidad debe descartar e indicar expresamente al solicitante que no la ha producido ni la posee, previo requerimiento al funcionario o servidor que, en atención a sus funciones y responsabilidades, es el que debe poseerla. Así, lo ha precisado este Tribunal en el Precedente Vinculante publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 11 de febrero de 2020⁹, en el cual se establece que:

"Las entidades no podrán denegar el acceso a la información pública, argumentando únicamente que la documentación requerida no ha sido creada por ésta, atendiendo a que el derecho de acceso a la información pública abarca no solamente la posibilidad de obtener aquella que ha sido generada por la propia institución, sino también a la que no siendo creada por ésta, se encuentra en su posesión.

En tal sentido, cuando las entidades denieguen el acceso a la información pública en virtud a la inexistencia de la documentación requerida, deberán previamente verificar mediante los requerimientos a las unidades orgánicas que resulten pertinentes si la información: i) fue generada por la entidad; y, ii) si ha sido obtenida, se encuentra en su posesión o bajo su control; asimismo, luego de descartar ambos supuestos, deberán comunicar de manera clara y precisa dicha circunstancia al solicitante" (subrayado agregado).

En la línea de lo anteriormente expuesto, el numeral 9 de los Lineamientos Resolutivos aprobados por la Resolución de Sala Plena N° 000001-2021-SP de fecha 1 de marzo de 2021, se establece que

"9. Se considera que la entidad otorgó una respuesta clara, precisa y completa al solicitante, cuando deniega la entrega de la información solicitada alegando su inexistencia en su acervo documentario, siempre y cuando se señale lo siguiente:

a) Si se requiere información que únicamente pudo haber sido generada por la entidad, deberá señalarse de manera clara y precisa si la entidad generó o no la documentación requerida.

⁷ De acuerdo a este precepto normativo: "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" (subrayado agregado).

⁸ Conforme al tercer párrafo de esta norma: "La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada" (subrayado agregado).

⁹ Dicho precedente se encuentra publicado también en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el siguiente enlace: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/02/Resolucio%CC%81n-N%C2%B0-010300772020.pdf>.

b) Si se requiere información no generada por la entidad pero que la pudo haber obtenido, por lo que podría encontrarse en su posesión, deberá previamente corroborar con las unidades orgánicas correspondientes, para descartar su posesión, poniendo en conocimiento dicha respuesta de manera clara y precisa al solicitante.(...)". (subrayado agregado)



Por lo expuesto, en el presente caso se aprecia que la entidad, a través de la formulación de sus descargos, ha señalado ante esta instancia que, la información requerida mediante los 4 ítems de la solicitud del recurrente, no ha sido generada debido a que no trabajó con la metodología BIM; sin embargo, dicha respuesta resulta incompleta, dado que la entidad ha justificado la denegatoria bajo el supuesto de la no generación de la documentación requerida, debiéndose advertir que la obligación de entrega de información comprende inclusive a aquella que se encuentra en posesión de la entidad, sobre todo cuando ha manifestado que los contratistas utilizaron la citada metodología y que los "diseños finales" fueron recibidos por la entidad.



En consecuencia, dado que la entidad no ha señalado que la información requerida se encuentra en uno de los supuestos de excepción contemplados en la Ley de Transparencia, y solo se ha limitado a denegar su entrega bajo el argumento de no haber generado la documentación requerida; corresponde que la entidad entregue la información requerida por el recurrente, al no haberse desvirtuado el Principio de Publicidad sobre la misma, caso contrario, le comunique de forma clara, precisa y veraz sobre su inexistencia, debiendo absolver cada uno de los extremos de la solicitud del recurrente, advirtiendo los parámetros fijados en el Precedente Vinculante desarrollado en párrafos precedentes.



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.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

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 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 presentado por **JESÚS CUYCAPOSA ROJAS** contra la comunicación contenida en el correo electrónico de fecha 30 de noviembre de 2021, emitida por el **PROYECTO ESPECIAL LEGADO JUEGOS PANAMERICANOS Y PARAPANAMERICANOS**, correspondiendo que ésta entregue la información requerida, caso contrario, comunique su inexistencia de manera, clara, precisa y veraz, conforme a los argumentos expuestos en la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

Artículo 2.- SOLICITAR al **PROYECTO ESPECIAL LEGADO JUEGOS PANAMERICANOS Y PARAPANAMERICANOS** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

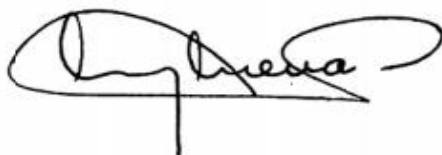
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **JESÚS CUYCAPOSA ROJAS** y al **PROYECTO ESPECIAL LEGADO JUEGOS PANAMERICANOS Y PARAPANAMERICANOS**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes citada.

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



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp:mmm/jcchs