Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 001315-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01146-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **GUILLERMO ALONSO CHAVEZ ESQUIVEL**
Entidad : **AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA - ADMINISTRACION LOCAL DE AGUA MALA OMAS CAÑETE**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 6 de junio de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 01146-2022-JUS/TTAIP de fecha 12 de mayo de 2022, interpuesto por **GUILLERMO ALONSO CHAVEZ ESQUIVEL** contra la Carta N° 0162-2022-ANA-AAA.CFALA.MOC recibida con fecha 25 de marzo de 2022, mediante la cual la **AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA – ADMINISTRACION LOCAL DE AGUA MALA OMAS CAÑETE** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 11 de marzo de 2022[1].

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 11 de marzo de 2022, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad que le envíe por correo electrónico la siguiente información:

"SE SOLICITAN LAS COPIAS DEL EXPEDIENTE N° 2422-2003, PROVENIENTE DE LA EX ADMINISTRACIÓN TÉCNICA DE RIEGO MAL-OMAS-CAÑETE (AHORA AUTORIDAD LOCAL DEL AGUA MALA-OMAS-CAÑETE), EN EL CUAL SE EXPIDIÓ LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 042-2004-AG-DRA-LC/ATDR-MOC, SUSTENTADA EN EL INFORME INFORME N°21-2,004-JFSE DEL JEFE DEL ÁREA DE PROYECTOS DE LA REFERIDA ADMINISTRACIÓN TÉCNICA". [SIC]

A través de la Carta N° 0162-2022-ANA-AAA.CF-ALA.MOC emitida por la Administracion Local de Agua Mala Omas Cañete, recibida con fecha 25 de marzo de 2022, la entidad atendió la solicitud señalando que obtuvo resultados nulos al realizar la búsqueda en los inventarios disponibles en archivo de la Administracion Local de Agua y el Archivo Central de la Autoridad Nacional del Agua, con el número de resolución administrativa, informe y número de expediente indicados por el recurrente.

[1] Fecha indicada por el recurrente en el recurso de apelación

Con escrito fechado el 8 de abril de 2022, el recurrente presentó ante la entidad el recurso de apelación materia de análisis, el cual fue remitido por la entidad a esta instancia el 12 de mayo de 2022 con el Oficio N° 0172-2022-ANA-AAA.CF de fecha 6 de mayo de 2022. En dicho recurso, el recurrente indica que la Sociedad Minera Corona S.A. es titular de la Unidad Minera Yauricocha que cuenta con licencia para uso de agua del punto de captación Túnel Klepetko y que con fecha 28 de noviembre de 2003 dicha empresa solicitó a la Administración Técnica de Riego Mala Omas Cañete -ahora denominada Administración Local de Agua Mala Omas Cañete- la reducción del caudal de aprovechamiento de la Unidad Operativa Yauricocha en cuanto al punto de captación del Túnel Klepetko, y en virtud a dicha solicitud se emitió la Resolución Administrativa 042-2004-AG-DRA-LC/ATDR-MOC, sustentada en el Informe N° 21-2004-JFSE, autorizando la reducción del caudal de la Licencia con Fines Industriales, documentos que forman parte del Expediente N° 2422-2003 que solicita, habiendo la entidad respondido que ha obtenido resultados nulos en la búsqueda del referido expediente.

Mediante la Resolución 001186-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[2] de fecha 18 de mayo de 2022 se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos, los cuales a la fecha de misión de la presente resolución no han sido 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.

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-JUS[3], establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10 del mismo texto señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar finalmente 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] Notificada mediante Cedula de Notificación N° 004598-2022-JUS/TTAIP en la mesa de partes de la entidad http://sisged.ana.gob.pe/tramitevirtual/ y ala-maomca@ana.gob.pe, el 30 de mayo de 2022 con acuse de recibo automático de la misma fecha; 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 Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.

[3] En adelante, Ley de Transparencia.

2.1. Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la respuesta otorgada por la entidad se encuentra acorde a la Ley de Transparencia.

2.2. Evaluación

En concordancia con el mencionado numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el principio de publicidad contemplado en el artículo 3° de la Ley de Transparencia, señala que toda la información que posea el Estado se presume pública y, por ende, la entidad está obligada a entregarla, salvo que esta se encuentre comprendida en las excepciones mencionadas en dicha norma.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC señaló que:

"[...] la información pública debe hacerse pública no sólo cuando una persona lo solicite sino que la Administración Pública tiene el deber de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información, así no sea solicitada, salvo el caso de las excepciones permitidas constitucionalmente y especificadas estrictamente en la ley de desarrollo constitucional de este derecho fundamental." (subrayado agregado)

De allí que, el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución Política del Perú y desarrollado a nivel legal, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración pública, salvo en que su ley de desarrollo constitucional, la Ley de Transparencia, indique lo contrario.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 2579-2003-HD/TC que "*la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción"*.

Esto implica que, para justificar adecuadamente dicha negativa y, en consecuencia, desvirtuar el principio de máxima divulgación o publicidad que rige sobre toda la información que la entidad haya creado, obtenido o que se encuentre en su posesión o bajo su control, la Administración Pública tiene la obligación de brindar una *"motivación cualificada"*, como señaló el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC:

> *"6. Al no haberse fundamentado aunque sea mínimamente, las razones por las cuales el derecho a la privacidad de don Humberto Elías Rossi Salinas justificaría que dicha información se mantenga en reserva, es evidente que el proceder del ad quem ha sido arbitrario más aún si se tiene en consideración en virtud del mencionado principio de máxima divulgación, que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas."* (subrayado agregado)

En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las

entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso denieguen el acceso a la información pública solicitado por un ciudadano, constituye deber de las entidades acreditar que dicha información corresponde a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 al 17 de la Ley de Transparencia, debido que poseen la carga de la prueba.

En el presente caso, el recurrente solicitó a la entidad que le envíe por correo electrónico: *"Se solicitan las copias del Expediente N° 2422-2003, proveniente de la Ex Administración Técnica de Riego Mal-Omas-Cañete (ahora Autoridad Local del Agua Mala-Omas-Cañete), en el cual se expidió la Resolución Administrativa N° 042-2004-AG-DRA-LC/ATDR-MOC, sustentada en el Informe N°21-2,004-JFSE del jefe del área de proyectos de la referida administración técnica",* y la entidad atendió la solicitud señalando que luego de realizar la búsqueda en los inventarios disponibles del archivo de la Administracion Local de Agua y el Archivo central de la Autoridad Nacional del Agua, obtuvo resultados nulos para la búsqueda por número de resolución administrativa, informe y número de expediente 2422-2003 presentado por la Sociedad Minera Corona S.A. el 28 de noviembre de 2003; y el recurrente al no encontrarse conforme con dicha respuesta presentó el recurso de apelación materia de análisis.

De lo anterior se advierte que la entidad no ha cuestionado la publicidad de la información, así como tampoco alega causal de excepción alguna establecida en la Ley de Transparencia que limite su entrega, por lo que la presunción de publicidad que recae sobre la misma se mantiene vigente al no haber sido desvirtuada; no obstante, al atender la solicitud a través de la Carta N° 0162-2022-ANA-AAA.CF-ALA.MOC emitida por la Administracion Local de Agua Mala Omas Cañete indica lo siguiente: *"(…) en atención al documento de la referencia, mediante el cual solicita copias del 2422-2003 manifestarle lo siguiente: Se procedió a realizar la búsqueda en los inventarios disponibles en archivo de la Administracion Local de Agua y el Archivo central de la Autoridad Nacional del Agua, obteniéndose resultados nulos para la búsqueda por número de resolución administrativa, informe y número de expediente 2422-2003, que fue presentado por la Sociedad Minera Corona S.A. el 28 de noviembre de 2003".*

Sobre dicha respuesta, es oportuno señalar que en el recurso de apelación el recurrente informa que en el Expediente N° 2422-2003 cuyas copias solicita, se emitió la Resolución Administrativa 042-2004-AG-DRA-LC/ATDR-MOC, sustentada en el Informe N° 21-2004-JFSE, que autoriza la reducción del caudal de la Licencia con Fines Industriales de la Unidad Operativa Yauricocha en cuanto al punto de captación del Túnel Klepetko, lo que fue solicitado por Sociedad Minera Corona S.A. con fecha 28 de noviembre de 2003 a la Administración Local de Agua Mala Omas Cañete; asimismo, se advierte que la entidad al elevar a esta instancia el recurso de apelación, ha remitido la Resolución Administrativa N° 042-2004-AG-DRA-LC/ATDR-MOC.

En efecto, la Resolución Administrativa 042-2004-AG-DRA-LC/ATDR-MOC obrante en autos, señala lo siguiente: "***VISTO***: *El Expediente con registro No 02422-2,003 presentado a esta Administración Técnica de Riego Mala-Omas-Cañete con fecha 28 de Noviembre del año 2,003, por la persona jurídica de Sociedad Minera Corona SA, mediante el cual solicita reducir el caudal de aprovechamiento de la unidad Operativa Yauricocha, en cuanto al punto de captación Túnel Klepetko, de 160l/s a 35 l/s.* ***CONSIDERANDO***: *Que, es de verse el informe N° 21-2,004-JFSE del Jefe del Área de Proyectos de esta*

Administración Técnica en Riego, en sus conclusiones, que se debe autorizar la reducción del causal de aprovechamiento de la unidad Operativa Yauricocha, en cuanto al punto de captación Túnel Klepetko (…) ***SE RESUELVE****: ARTÍCULO PRIMERO: Autorizar en el Padrón de usuarios con Fines No Agrarios la reducción del causal de la licencia con Fines Industriales(…)"* advirtiéndose que el Expediente 02422-2003 requerido por el recurrente, estuvo en poder de la entidad y sustentó la emisión de la resolución antes mencionada.

Estando a lo expuesto es posible establecer que la respuesta brindada por la entidad, en el sentido que realizada la búsqueda de dicho expediente los resultados fueron nulos para la búsqueda por número de resolución, informe y número de expediente, es ambigua dado que se refiere únicamente a 3 criterios de búsqueda y no señala las razones que explicarían lo informado (por ejemplo extravío del expediente o su destrucción), debiendo tenerse en consideración que el derecho de acceso a la información pública no sólo implica el deber del Estado de publicitar sus actos promoviendo una cultura de transparencia conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley de Transparencia, sino que también genera la obligación de otorgar al solicitante información clara, precisa y completa, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01797-2002-HD/TC, en el cual dicho colegiado señaló lo siguiente:

> "*(…) 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*". (subrayado agregado)

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución señala que no basta con agotar la búsqueda de la información, sino que la entidad debe reconstruirla ante su destrucción o extravío a fin de garantizar este derecho fundamental, conforme se precisa en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01410-2011-PHD/TC, según el siguiente texto:

> *"Este Colegiado aprecia que la emplazada intenta eludir dicha responsabilidad apelando a la 'no existencia' de dicha información. Así, adjuntó a la contestación de la demanda el Informe Técnico Nº 123-2009-UATyC-GDU-MDP (fojas 81), expedido por la Unidad de Acondicionamiento Territorial y Control Urbano de la Municipalidad Distrital de Punchana, que indica: 'se ha procedido a realizar la respectiva búsqueda en nuestros archivos de los antecedentes que generaron dicho título de propiedad, sin embargo únicamente se encontró una hoja de papel simple que señala que dicho expediente fue retirado con fecha 20/02/2006, para ser anexado al Expediente del Mercadillo Bellavista Nanay; sin embargo realizada la verificación y realizada la revisión en el referido expediente se observa la* ***NO EXISTENCIA****, de dichos documentos'. Este Tribunal no comparte el criterio de la demandada. Si bien se infiere, del citado documento que la información requerida por los demandantes fue trasladada de un expediente a otro, la conservación de tal información es de responsabilidad de la Municipalidad, por lo que ésta no puede apelar a la 'no existencia' de dicha información para eludir su obligación de entregarla a los actores. Es*

necesario agotar las diligencias necesarias a efectos de localizar la documentación requerida. En su defecto y de quedar comprobado el extravío de la misma, disponer la reconstrucción del expediente administrativo correspondiente, para luego de ello cumplir con su entrega en copias a los interesados". (subrayado agregado).

Sobre ello, cabe indicar que el artículo 21 de la Ley de Transparencia establece que *"Es responsabilidad del Estado crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. En ningún caso la entidad de la Administración Pública podrá destruir la información que posea".* (Subrayado agregado)

En la misma línea, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[4], precisa que *"Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales que correspondan por el extravío o la destrucción, extracción, alteración o modificación, indebidas, de la información en poder de las Entidades, el responsable del Órgano de Administración de Archivos, quien haga sus veces o el funcionario poseedor de la información, según corresponda, deberán agotar, bajo responsabilidad, todas las acciones que resulten necesarias para recuperar la información afectada por cualquiera de las conductas señaladas. (…) Cuando se solicite información afectada por cualquiera de las situaciones señaladas en el primer párrafo, corresponde al responsable de atender la solicitud, informar de dicha situación a la persona solicitante, así como los avances o resultados de las acciones orientadas a recuperar la información o la imposibilidad de brindársela por no haberla podido recuperar". (subrayado agregado)*

Adicionalmente, el literal h) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que la máxima autoridad de la entidad tiene la obligación de *"Disponer la inmediata recuperación o reconstrucción de la información afectada por alguna de las conductas antes mencionadas".*

De las normas y jurisprudencia antes citadas, se desprende que la entidad debió otorgar una respuesta clara y precisa sobre la solicitud de información, y en caso después de la búsqueda correspondiente concluyera que no pudo ubicarla, debió precisar a qué se debía su inexistencia (extravío, destrucción, entre otros) disponiendo realizar acciones para su reconstrucción, a fin de otorgarla al recurrente.

En consecuencia, corresponde amparar el recurso de apelación y ordenar a la entidad que si la información no ha sido encontrada debe disponer su reconstrucción informando al recurrente de los avances y resultados de dicho proceso.

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

[4] En adelante Reglamento de la Ley de Transparencia.

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.

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 **GUILLERMO ALONSO CHAVEZ ESQUIVEL**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA – ADMINISTRACION LOCAL DE AGUA MALA OMAS CAÑETE** que en caso no encuentra la información solicitada, disponga su reconstrucción, informando al recurrente de los avances y resultados de dicho proceso, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de 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.

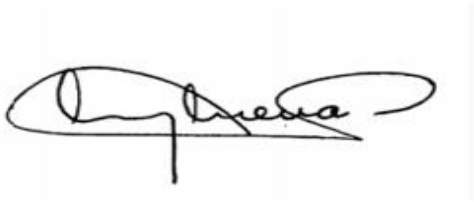
Artículo 2.- SOLICITAR a la **AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA – ADMINISTRACION LOCAL DE AGUA MALA OMAS CAÑETE** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 de la presente resolución.

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.

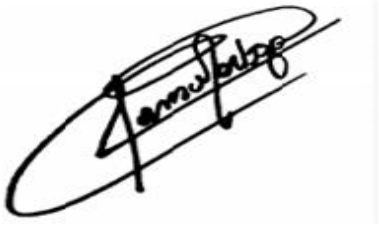
Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **GUILLERMO ALONSO CHAVEZ ESQUIVEL** y a la **AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA – ADMINISTRACION LOCAL DE AGUA MALA OMAS CAÑETE**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

<u>Artículo 5</u>.- 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/micr