



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020304132020

Expediente : 00904-2020-JUS/TTAIP
Impugnante : **GIANCARLO GONZALES MORENO**
Entidad : **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 27 de octubre de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00904-2020-JUS/TTAIP de fecha 14 de setiembre de 2020, interpuesto por **GIANCARLO GONZALES MORENO** contra la Carta N° 170-2020/LT remitida mediante correo electrónico de fecha 30 de setiembre de 2020, a través de la cual el **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA** atendió parcialmente la solicitud de acceso a la información pública presentada con Registro N° 59962 de fecha 17 de agosto de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 17 de agosto de 2020, el recurrente solicitó a la entidad “*COPIA FEDATEADA DE LAS SGTES CARTAS: 135-2015-EC-B; 136-2015-EC-B; 137-2015-EC-B; 138-2015-EC-B; 139-2015-EC-B; 140-2015-EC-B; 141-2015-EC-B; 142-2015-EC-B; 143-2015-EC-B; 144-2015-EC-B; 145-2015-EC-B; 146-2015-EC-B; y 147-2015-EC-B - TODAS CON SUS ANEXOS CORRESPONDIENTES*”.

Mediante correo electrónico de fecha 30 de setiembre de 2020, la entidad atendió parcialmente la solicitud del recurrente a través de la Carta N° 170-2020/LT de fecha 27 de agosto de 2020, señalando que: “*(...) de acuerdo al Cuadro de Clasificación de Series Documentales, las cartas están consideradas como correspondencia interna, con valor temporal y su periodo de retención es hasta tres (03) años. En ese sentido, al corresponder las cartas al año 2015, se ha superado su periodo de retención, no obstante se precisa que de la búsqueda realizada en los archivos, cuatro (04) cartas de las trece (13) solicitadas no han sido encontradas, por lo que adjunto enviamos las copias fedateadas de la documentación requerida, a excepción de las cartas N° 136-2015-EC -B, N° 140-2015-EC -B, N° 141-2015-EC -B y N° 143-2015-EC -B (...)*”. Al respecto, invocó como fundamento legal el cuarto párrafo del artículo 13 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-JUS¹, referido a que la

¹ En adelante, Ley de Transparencia.

entidad no tiene obligación de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido.

Con fecha 14 de setiembre de 2020, el recurrente presentó el recurso de apelación, alegando que el periodo de retención alegado por la entidad no se encuentra regulado por la Ley de Transparencia, presentando además copia de la Carta N° 136-2015-EC-B, con lo cual demostraría la existencia de la documentación pendiente de entregar.

Mediante la Resolución N° 020100792020² se admitió a trámite el citado recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la presentación de los descargos correspondientes, los cuales no han sido remitidos ante este colegiado dentro del plazo otorgado.

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 de la Ley de Transparencia indica que toda la información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.

Por su parte, el artículo 10 del mismo cuerpo legal 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 segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley; asimismo, el cuarto párrafo de la norma mencionada establece que cuando una entidad de la Administración Pública no localiza información que está obligada a poseer o custodiar, deberá acreditar que ha agotado las acciones necesarias para obtenerla a fin de brindar una respuesta al solicitante.

Además, el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia 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 consiste en determinar si la solicitud del recurrente fue atendida conforme a la normatividad en transparencia y acceso a la información pública.

² Resolución notificada a la entidad con fecha 20 de octubre de 2020, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia.

2.2 Evaluación

Conforme con lo dispuesto por las normas anteriormente 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.

Igualmente, 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 establecido el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4865-2013-PHD/TC:

“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 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”.

Asimismo, 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, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas”.*

De lo expuesto se desprende, con relación al derecho de acceso a la información pública, que la regla general es garantizar a los ciudadanos su pleno ejercicio, mientras que la restricción a dicho derecho tiene una naturaleza extraordinaria y de excepción.

Ahora bien, en el presente caso se aprecia que el recurrente solicitó copias fedateadas de diversas cartas emitidas por la entidad. Al respecto, esta denegó el acceso respecto de cuatro de los documentos peticionados, alegando que al ser correspondencia interna sólo tendría un “*periodo de retención*” de tres (3) años, conforme a su “*Cuadro de Clasificación de Series Documentales*”, invocando al respecto el cuarto párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia.

Sobre el particular, es pertinente señalar en primer lugar que las empresas estatales están obligadas a entregar la información pública con la que cuenten, de conformidad con lo regulado por el artículo 8 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*”.

Al respecto, cabe señalar que la entidad “*(...) es una empresa estatal de derecho privado íntegramente de propiedad del Estado, constituida como Sociedad Anónima. Es resultado de la transformación de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - ESAL. Fue creada mediante Decreto Legislativo N° 150 (...)*”³, por lo cual está obligada a entregar la información pública que le soliciten conforme a los alcances de la Ley de Transparencia.

Es así que bajo este marco, en el presente caso, resulta necesario evaluar si la respuesta contenida en la Carta N° 170-2020/LT se emitió de conformidad a lo dispuesto en la legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública.

Con relación a ello, de autos se advierte que la entidad invocó un “*Cuadro de Clasificación de Series Documentales*” y el cuarto párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, alegando que las cartas que no fueron objeto de entrega tendrían la calidad de correspondencia interna, teniendo las mismas un “*periodo de retención*” de tres (3) años; es decir, no tendría la obligación de contar con las mismas a la fecha de la presentación del requerimiento del administrado.

Sobre el particular, se debe tomar en consideración que la entidad no precisó ni acreditó el sustento legal para determinar que su correspondencia interna únicamente debe conservarse durante un “*periodo de retención*” de tres (3) años.

En ese sentido, corresponde resaltar 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 oportuna, 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:

“(...) el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultarían burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información,

³ Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.sedapal.com.pe/paginas/quienes-somos> [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2020]

independientemente de su veracidad o no. 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 nuestro).

Ahora, la obligación de brindar una respuesta clara y precisa a la solicitud de acceso a la información pública no solo resulta exigible cuando se entrega la información requerida, sino también corresponde que la motivación de la denegatoria sea expresada con el sustento pertinente en los hechos y el derecho.

Sobre el particular, 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. La entidad de la Administración Pública deberá remitir al Archivo Nacional la información que obre en su poder, en los plazos estipulados por la Ley de la materia. El Archivo Nacional podrá destruir la información que no tenga utilidad pública, cuando haya transcurrido un plazo razonable durante el cual no se haya requerido dicha información y de acuerdo a la normatividad por la que se rige el Archivo Nacional.”* (subrayado agregado)

Asimismo, es importante señalar que el artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que *“[c]uando una entidad de la Administración Pública no localiza información que está obligada a poseer o custodiar, deberá acreditar que ha agotado las acciones necesarias para obtenerla a fin de brindar una respuesta al solicitante”.*

En la misma línea, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁴, 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”.*

⁴ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

En ese sentido, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado 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, conforme 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 N° 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).

En tal virtud, conforme a la legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública, además de la jurisprudencia anteriormente anotada, esta instancia precisa que la entidad no ha acreditado haber agotado la búsqueda o iniciado la recuperación de las Cartas N°s 136-2015-EC-B, N° 140-2015-EC -B, N° 141-2015-EC-B y N° 143-2015-EC-B, que se encontraba obligada a conservar, limitándose a señalar que buscó en sus archivos y no encontró las mismas, sin detallar las acciones realizadas para agotar la aludida búsqueda.

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación y ordenar a la entidad que entregue copia fedateada de las Cartas N°s 136-2015-EC-B, N° 140-2015-EC-B, N° 141-2015-EC-B y N° 143-2015-EC-B, procediendo para tal efecto a agotar todas las acciones que resulten necesarias para ubicar y/o recuperar la información afectada, informándole al recurrente de tal situación, así como de las acciones realizadas para su búsqueda y/o recuperación; o en su defecto, de la imposibilidad de brindársela por no haberla podido recuperar, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia.

Finalmente, es pertinente indicar que de conformidad con los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

De acuerdo 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 interpuesto por **GIANCARLO GONZALES MORENO, REVOCANDO** la Carta N° 170-2020/LT emitida por el **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA**; y en consecuencia **ORDENAR** a la entidad efectuar la entrega en copia fedateada de las Cartas N°s 136-2015-EC -B, N° 140-2015-EC-B, N° 141-2015-EC-B y N° 143-2015-EC-B; procediendo, para tal efecto, a agotar todas las acciones que resulten necesarias para ubicar y/o recuperar la información afectada, informándole al recurrente de tal situación, así como de las acciones realizadas para su búsqueda y/o recuperación; o, en su defecto, de la imposibilidad de brindársela por no haberla podido recuperar.

Artículo 2.- SOLICITAR al **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite documentalmente 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-JUS⁵.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **GIANCARLO GONZALES MORENO** y al **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la Ley N° 27444.

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

VANESA VERA MUENTE
Vocal Presidenta

VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal

JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

vp: vlc

⁵ En adelante, Ley N° 27444.