



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 001834-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01587-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **VANESSA RUBIO LEZAMA**
Entidad : **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 5 de agosto de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 01587-2022-JUS/TTAIP de fecha 21 de junio de 2022, interpuesto por **VANESSA RUBIO LEZAMA** contra la Carta N° 77-2022-ECI de fecha 13 de junio de 2022, mediante la cual el **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con Código de requerimiento 4590115500008555 de fecha 10 de junio de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de junio de 2022, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó a la entidad la siguiente información:

- “1. Copia de la Carta N° 442-2019-ETS dirigida a la señora Sada Angélica Goray Chong y los documentos que conforman el expediente de factibilidad negativa.*
- 2. Copia del Certificado de aprobación de factibilidad del 24.06.2019 y el expediente de factibilidad a nombre de la señora Sada Angélica Goray Chong y otros.*
- 3. Copia de la carta s/n con número de registro 93675-2019 y todos sus anexos que forman parte del expediente.*
- 4. Copia de la Carta N° 042-2019-GSS y los documento que conforman el expediente que da origen a la carta de la Gerencia de Servicios Sur.”*

Mediante la Carta N° 77-2022-ECI de fecha 13 de junio de 2022, la entidad brindó atención a la solicitud de la recurrente, comunicándole que el Equipo Técnico Sur de la Gerencia de Servicios Sur, traslada el Memorando N° 403-2022-ET-S, en el cual informan que no obra en sus archivos la información requerida.

Con fecha 21 de junio de 2022, la recurrente interpuso recurso de apelación contra la citada carta, señalando que la entidad “(...) **NO HACE ENTREGA DE LA**

INFORMACIÓN REQUERIDA, tal como se ve en la Carta N° 077-2022-ECI, repitiendo la misma entrega de información sesgada e incompleta de las Carta N° 71-2022-ECI de fecha 09 de junio del 2022 y Carta N° 206-2022-ESG de fecha 08 de junio 2022, sin atender el pedido, indicando esta vez que en atención al pedido de información traslada el Memorando N° 403-2022-ET-S pero señalando sorpresivamente “que no obran en sus archivos la información requerida”; situación totalmente extraña y por demás tendenciosa ya que anteriormente en atención al primer pedido de información no indicaron no tener la información en sus archivos tal como se puede observar en los memorando N° 379-2022-ET-S de fecha 02 de junio del 2022 y memorando N° 397-2022-ETS de fecha 02 de junio del 2022”.



Mediante Resolución 001690-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹, 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; requerimiento que fue atendido mediante Carta N° 455-2022-ESG de fecha 4 de agosto de 2022, adjuntando el Memorando N° 505-2022/ETS-S del 3 de agosto de 2022 del Equipo Técnico Sur de la Gerencia de Servicios Sur, mediante el cual señala que “los documentos que conforman el expediente de factibilidad negativa, los anexos que forman parte del expediente, copia de la carta 042-2019-GSS y los documentos que conforman el expediente que da origen a la carta de la Gerencia de Servicios Sur”, no obran en los archivos del ET-S, ni en forma física ni en forma virtual. Asimismo, agrega que “(...), haría suponer que el expediente que solicita la Sra. Vanessa Rubio Lezama podría haber sido entregado por el Jefe de Equipo directamente a la solicitante o persona encargada del trámite ya que consta que fueron recepcionados por el Sr. Johny Manuel Arce (...)”.

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-JUS², 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 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”.

¹ Notificada con fecha 27 de julio de 2022, mediante Cédula de Notificación N° 6754-2022-JUS/TTAIP.

² En adelante, Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la entidad brindó a la 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 39° y 40° 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 recurrente ha solicitado información vinculada a documentación emitida por la entidad, habiéndola identificada mediante su nomenclatura, numeración y registro, conforme al detalla de su solicitud. Ante dicho requerimiento, la entidad brindó respuesta con Carta N° 77-2022-ECI de fecha 13 de junio de 2022, adjuntándole el Memorando N° 403-2022-ET-S, en el cual se indica lo siguiente:

“Al respecto, debo manifestarle que con los Memorandos N° 397-2022-ET-S y N° 379-2022-ETS se le hizo llegar copia de toda la documentación

que obra en los archivos del ET-S y que en los Archivos del ET-S no se ha podido ubicar el expediente que dio origen a la emisión del Certificado de Factibilidad 534-2019-ET-S del 24.06.2019 ni ninguno de los relacionados al caso.” (subrayado agregado)

Igualmente, mediante la formulación de sus descargos, la entidad con el Memorando N° 505-2022/ETS-S, ha señalado que:

“Cabe precisar que, en aquella ocasión se remite toda la información contenida en nuestros archivos, los cuales son mencionados en los documentos señalados en la referencia de la presente. Sin embargo; aquellos tales como: “los documentos que conforman el expediente de factibilidad negativa, los anexos que forman parte del expediente, copia de la carta 042-2019-GSS y los documentos que conforman el expediente que da origen a la carta de la Gerencia de Servicios Sur”, señalados en el escrito de la Sra. Vanessa Rubio Lezama, no obran en los archivos del ET-S, ni en forma física ni en forma digital. Según el Sistema de Trámite Documentario, el expediente con Registro 93675-19, que es señalado en el certificado de factibilidad emitido, figura de la siguiente forma: [server error]

(...)

Mientras que, en el árbol de derivaciones de dicho registro, figura este que una vez ingresado al despacho del ET-S, la Jefatura no efectuó ninguna derivación a ningún personal para su atención:

(...)

Todo lo antes mencionado, haría suponer que el expediente que solicita la Sra. Vanessa Rubio Lezama podría haber sido entregado por el Jefe de Equipo directamente a la solicitante o persona encargada del trámite ya que consta que fueron recepcionados por el Sr. Johny Manuel Arce (...), firmante de los cargos en los siguientes documentos [Carta N° 927-2019-ET-S del 07.08.2019] y [Certificado de Factibilidad N° 534-2019-ET-S del 02.07.2019]. (subrayado agregado)

Sobre el particular, es preciso destacar que conforme a los artículos 10³ y 13⁴ 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 2020⁵, en el cual se establece que:

³ 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).

⁴ 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).

⁵ 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>.

“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).

Por lo expuesto, en el presente caso se aprecia que la entidad sostiene haber dado atención a la solicitud de la recurrente con los Memorandos N° 397-2022-ET-S y N° 379-2022/ETS, siendo que estos documentos corresponden a la atención de dos solicitudes con registro virtual N° 60552-22 y N° 60558-22, respectivamente, distintas a la formulada con Código de requerimiento 4590115500008555 de fecha 10 de junio de 2022 y con registro virtual N° 65513⁶. En otros términos, la entidad argumenta haber dado atención a la solicitud de fecha 10 de junio de 2022, mediante respuestas brindadas en otras solicitudes de información de la solicitante, distintas a la materia de revisión; no obstante, no ha acreditado ante esta instancia haber otorgado la información requerida mediante la citada solicitud.

Igualmente, en cuanto a la documentación materia de requerimiento, cabe efectuar las siguientes precisiones: la Carta N° 442-2019-ETS se encuentra suscrita por el Jefe Equipo Técnico Sur, teniendo como referencia la Carta S/N con Registro 53988; el certificado de aprobación de factibilidad suscrito por el Jefe Equipo Técnico Sur, teniendo como referencia la Carta S/N con Registro 93675-2019, y la Carta N° 042-2019-GSS, suscrito por el Gerente de Servicios Sur, teniendo como referencia la Carta N° 927-2019-ETS y el registro N° 93675-19.

Teniendo en cuenta las anotaciones precedentes, se advierte que el requerimiento de la recurrente corresponde a documentación expedida por la entidad, así como aquella que ha servido de sustento para su emisión; por lo que, la entidad se encuentra obligada a poseerla, en la medida que corresponde a un procedimiento administrativo a su cargo, referido a la factibilidad del servicio de agua potable y alcantarillado.

Asimismo, en cuanto a los descargos de la entidad, esta ha señalado que la información referida a “los documentos que conforman el expediente de factibilidad negativa, los anexos que forman parte del expediente, copia de la carta 042-2019-GSS y los documentos que conforman el expediente que da origen a la carta de la Gerencia de Servicios Sur”, no figuran en forma física ni virtual en el archivo del Equipo Técnico Sur; sin embargo, reconoce que el registro 93675-19 figura en su sistema de trámite documentario al haber

⁶ Conforme a la referencia señalada en el Memorando N° 403-2022/ET-S que se adjunta a la Carta N° 77-2022-ECI, remitida a la recurrente.

ingresado al despacho del Equipo Técnico Sur, precisando que no se efectuó ninguna derivación a ningún personal.

En esa línea, cabe destacar que el Tribunal Constitucional desestimó el argumento de la inexistencia de la información para denegar la solicitud de acceso a la información pública, teniendo en cuenta que el penúltimo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia señala que en caso una entidad de la Administración Pública no localiza la 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.

Así, en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07675-2013-PHD/TC, el colegiado indicó:

“[...] en consideración de este Tribunal, esta fundamentación resultaría insuficiente a efectos de denegar el requerimiento de información. El artículo 13 del TUO de la Ley 27806, señala que ante la inexistencia de datos, la entidad debe comunicar por escrito tal hecho; sin embargo, esto no implica apelar a la “no existencia” de dicha información para eludir responsabilidad (véase, STC Exp. N° 01410-2011-PHD/TC F.J.8). Por ende, es necesario que la Contraloría General de la República agote las diligencias necesarias a efectos de localizar la documentación requerida [...]” (subrayado agregado).

En el mismo sentido, señaló que no basta agotar la búsqueda de la información, sino que la entidad debe reconstruirla ante su destrucción o extravío a fin de garantizar este derecho fundamental. Al respecto, conforme al Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01410-2011-PHD/TC:

*“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 procedió 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)*

Además, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁷, establece 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.

Asimismo, el artículo 3 del citado Reglamento establece que la máxima autoridad de la Entidad tiene la obligación de *“h. Disponer la inmediata recuperación o reconstrucción de la información afectada por alguna de las conductas antes mencionadas;”*. (subrayado agregado)

Siendo ello así, se colige que la entidad tiene el deber de acreditar, tanto la búsqueda de la información requerida dentro de su entidad, sin distinción de las oficinas o dependencias, como la recuperación de la información, a fin de ubicar y brindar la información requerida a la recurrente, en la forma y modo solicitado, caso contrario, comunicar de manera clara, precisa y sustentada respecto de su inexistencia; conforme a los considerandos expuestos en la presente resolución.

Finalmente, 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.

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, asimismo, ante la licencia concedida a la Vocal Titular María Rosa Mena Mena, interviene la Vocal Titular de la Segunda Sala Vanessa Erika Luyo Cruzado, en el orden de prelación establecido en la Resolución N° 031200212020 de fecha 13 de febrero de 2020;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **VANESSA RUBIO LEZAMA** contra la Carta N° 77-2022-ECI de fecha 13 de junio de 2022, emitida

⁷ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

por el **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL**, correspondiendo que ésta entregue la información requerida, caso contrario, comunique su inexistencia de manera, clara, precisa y sustentada, según corresponda; 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 **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL** 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 **VANESSA RUBIO LEZAMA** y al **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes citada.

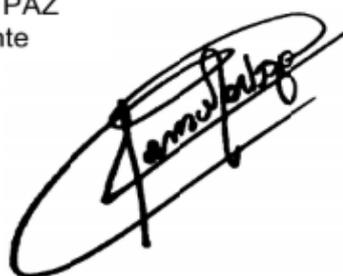
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal