



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 002139-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 01588-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **BENJAMINA BEATRIZ VALVERDE MALLQUI**
Entidad : **ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO - EPS EMAPICA S.A.**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 20 de junio de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01588-2023-JUS/TTAIP de fecha 17 de mayo de 2023, interpuesto por **BENJAMINA BEATRIZ VALVERDE MALLQUI**, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública presentada a la **ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO - EPS EMAPICA S.A.**, con fecha 27 de abril de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de abril de 2023, la recurrente requirió copias de la siguiente información:

“(...) copia simple de la Resolución de Factibilidad de Servicios: Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, otorgada a la Empresa Luis Malatesta Boza Ingenieros S.A para la Primera Etapa de la Urbanización Puente Blanco de esta ciudad.” [sic]

Con fecha 18 de mayo de 2023, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo, la recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis.

Mediante la RESOLUCIÓN N° 01948-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA de fecha 8 de junio de 2023¹, se admitió a trámite el citado recurso impugnatorio y se requirió a la entidad la remisión del expediente administrativo correspondiente y la formulación de sus descargos.

En atención a ello, mediante la CARTA N° 011-2023-OIC-EPS EMAPICA S.A., ingresado a esta instancia con fecha 16 de junio de 2023, la entidad remitió el expediente administrativo requerido, e informó lo siguiente:

¹ Notificada a la entidad el 11 de mayo de 2023.

“(…) debo indicar que, al recepcionar la solicitud de información de la Sra. Benjamina Valverde Mallqui a través de la carta N° 01-2023-BBVM asignada con el expediente E-2242-2023 de fecha 27 de abril del 2023 a través de la mesa de partes virtual, el suscrito mediante INFORME N°104-2023-OIC-GG-EPS.EMAPICA S.A de fecha 04 mayo del 2023, solicitó a la Gerencia de Operaciones la información requerida y teniendo en consideración que el documento tiene más de 25 años de antigüedad, fue necesario realizar la búsqueda en diversas oficinas y sedes institucionales, porque a través del tiempo las oficinas cambiaron de lugar y el acervo documentario es voluminoso. Al término de la búsqueda no se halló el documento impidiendo realizar la entrega del mismo en el plazo establecido.” [sic]

Asimismo, obra en autos el INFORME N° 216-2023-GO-EPS EMAPICA S.A., de fecha 15 de junio de 2023, mediante el cual el Gerente de Operaciones informó al Responsable de Acceso a la Información Pública de la entidad que:

“(…) esta Gerencia, ha buscado minuciosamente en el acervo documentario existente; no encontrándose la Resolución de factibilidad de servicios de agua potable y alcantarillado sanitario, otorgada a la Empresa Luis Malatesta Boza Ingenieros S.A., otorgada, para la implementación de la primera etapa de la Urb. Puente Blanco.

Asimismo, se indica que debido a la antigüedad del documento solicitado, no se ha podido ubicar.” [sic]

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 aquella información que afecte la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En este marco, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27860, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS², establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demandan las personas en aplicación del principio de publicidad.

Asimismo, el artículo 10 de la Ley de Transparencia, 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 del mismo cuerpo legal, 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 En adelante, Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la entidad se encuentra en la obligación de poseer la información solicitada, si ésta es pública; y, en consecuencia, corresponde su entrega a la recurrente.

2.2 Evaluación

Sobre el particular, 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 subrayado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4865-2013-PHD/TC indicando:

“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”. (Subrayado agregado)

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 mencionado 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 precisado que les corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:

“Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. 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 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.

Dentro de ese contexto, el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que 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 tal sentido, efectuando una interpretación *contrario sensu*, es perfectamente válido inferir que la administración pública tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella que se encuentra obligada a contar.

Dicho esto, en el caso de autos la recurrente requirió a la entidad “(...) *copia simple de la Resolución de Factibilidad de Servicios: Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, otorgada a la Empresa Luis Malatesta Boza Ingenieros S.A para la Primera Etapa de la Urbanización Puente Blanco de esta ciudad*”. Asimismo, la recurrente, al considerar denegada su solicitud en aplicación del silencio administrativo negativo, presentó el recurso de apelación materia de análisis.

No obstante ello, a nivel de descargos la Responsable de Acceso a la Información Pública de la entidad, manifestó que requirió la información solicitada a la Gerencia de Operaciones, asimismo, señaló que “(...) *teniendo en consideración que el documento tiene más de 25 años de antigüedad, fue necesario realizar la búsqueda en diversas oficinas y sedes institucionales, porque a través del tiempo las oficinas cambiaron de lugar y el acervo documentario es voluminoso. Al término de la búsqueda no se halló el documento impidiendo realizar la entrega del mismo en el plazo establecido*”

Siendo ello así, corresponde determinar si la atención efectuada por la entidad es conforme a la normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública.

Al respecto, en primer lugar, la entidad en sus descargos afirma que no ha podido encontrar la información requerida en su acervo documentario; sin embargo, no obra en autos ningún documento que acredite que haya puesto en conocimiento dicha afirmación a la solicitante.

De otro lado, es preciso resaltar 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”.

Asimismo, es relevante traer a colación lo establecido en el precedente administrativo de observancia obligatoria contenido en la Resolución N°

010300772020 emitida en el Expediente N° 00038-2020-JUS/TTAIP por este Tribunal:

“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 esa línea, la entidad debe otorgar una respuesta clara y precisa al recurrente respecto a la existencia de la documentación requerida, previo requerimiento a las unidades orgánicas correspondientes, conforme a lo dispuesto por el precedente administrativo antes citado.

Por su parte, 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 y su conservación se hará en base a las normas del Archivo Nacional.

A su vez, el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, dispone que el Órgano de Administración de Archivos de la entidad o el que haga sus veces garantizará el acopio, organización y conservación de la información de todas las dependencias de la entidad.

En la misma línea, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, precisa que cuando se solicite información afectada por algún supuesto de extravío, destrucción, extracción, alteración o modificación indebidas de la información en poder de la entidad, 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.

Asimismo, 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”.*

En esa línea, 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 información que está obligada a poseer o custodiar, deberá acreditar que ha agotado las acciones necesarias para obtenerla a fin de brindar

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

una respuesta al solicitante. De esta manera, de acuerdo al Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07675-2013-PHD/TC, el colegiado indicó que:

(...) en consideración de este Tribunal, esta fundamentación resulta 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, más aún si este Tribunal ha verificado de autos que la información solicitada en dichos documentos es de su competencia funcional y se ha elaborado en la propia institución (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 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 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).

De este modo, se concluye que, cuando una entidad recibe una solicitud de acceso a la información pública y cuenta con la información requerida, debe entregarla al administrado, o cuando no cuente con ella, pese a que deba contar con la misma, debe realizar las gestiones necesarias para buscarla y/o reconstruirla a fin de entregarla, así como informar a la recurrente de dicha situación y de los avances o resultados de las acciones orientadas a recuperar la información o, en su defecto, informarle de manera clara, precisa y detallada acerca de la imposibilidad de brindársela.

Siendo ello así, la Responsable de Acceso a la Información Pública de la entidad, indicó haber efectuado la búsqueda de la información requerida en la Gerencia

de Operaciones y en diversas oficinas y sedes institucionales; sin embargo, se aprecia que solo ha adjuntado el INFORME N° 216-2023-GO-EPS EMAPICA S.A. emitido por el Gerente de Operaciones, quien informó que en su acervo documentario no se encontró la documentación solicitada; asimismo, no solo no acreditó con documento alguno haber realizado la búsqueda de dicha información en el resto de oficinas que menciona, sino que al manifestar en sus descargos elevados a esta instancia que la documentación requerida no se encuentra o ubica, no está comunicando de modo claro y preciso si la información solicitada se emitió o no, o si se extravió y/o destruyó, pues incluso en el caso de extravío o destrucción tiene el deber de agotar las acciones necesarias para ubicar dicha información e incluso adoptar medidas para su recuperación. Con mayor razón aun si se tiene en cuenta que el requerimiento del recurrente esta referido a información generada por la entidad.

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación y ordenar a la entidad que agote la búsqueda de la información solicitada y proceda a entregarla a la recurrente en forma completa; y, si esta se extravió y/o destruyó, realice las gestiones necesarias para ubicar, recuperar y/o reconstruirla a fin de entregársela, informando de manera clara y precisa a la recurrente sobre dicha situación y de los avances o resultados de dichas acciones; 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, de conformidad con las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes.

Finalmente, de conformidad con el artículo 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.

De conformidad con 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 **BENJAMINA BEATRIZ VALVERDE MALLQUI**, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública y; en consecuencia, **ORDENAR** a la **ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE**

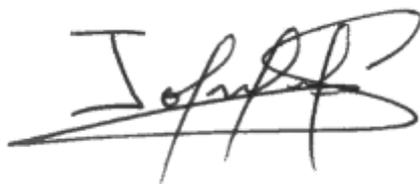
SANEAMIENTO - EPS EMAPICA S.A. que agote la búsqueda de la información solicitada y proceda a entregarla a la recurrente en forma completa; y, si esta se extravió y/o destruyó, realice las gestiones necesarias para ubicar, recuperar y/o reconstruirla a fin de entregársela, informando de manera clara y precisa a la recurrente sobre dicha situación y de los avances o resultados de dichas acciones; o en su defecto, de la imposibilidad de brindársela por no haberla podido recuperar, 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 a la **ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO - EPS EMAPICA S.A.** 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 de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante 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 **BENJAMINA BEATRIZ VALVERDE MALLQUI** y a la **ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO - EPS EMAPICA S.A.** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

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



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal Presidente



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal



VANESA VERA MUENTE
Vocal

vp: vvm