



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

PRIMERA SALA

Resolución N° 010309342020

Expediente : 01188-2020-JUS/TTAIP
Impugnante : **BRYAN ANTICONA CRAVERO**
Entidad : **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE
SANEAMIENTO - SUNASS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 27 de noviembre de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 01188-2020-JUS/TTAIP de fecha 19 de octubre de 2020, interpuesto por **BRYAN ANTICONA CRAVERO** contra el correo electrónico de fecha 15 de octubre de 2020, mediante el cual la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO - SUNASS** denegó la solicitud de acceso a información pública de fecha 27 de setiembre de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de setiembre de 2020 el recurrente solicitó a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS *“copias del expediente administrativo disciplinario seguido contra el señor Dersi Zevallos Molleda - responsable de la ODS Ayacucho”*.

Mediante correo electrónico de fecha 15 de octubre de 2020, la entidad comunicó al recurrente que *“Al respecto, cabe indicar que se ha verificado que no existe procedimiento administrativo disciplinario iniciado en contra del responsable de la ODS Ayacucho, sin embargo obra una investigación en trámite. En ese sentido su solicitud se encuentra inmersa en causal de excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información señalado en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información pública ‘La información vinculada a investigaciones en trámite referidos al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso lo exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se hayo dictado resolución final. Por lo cual, no es posible otorgar las copias solicitadas”*.

Con fecha 19 de octubre de 2020 el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando que *“en materia disciplinaria del Estado, la fase de investigación previa al proceso administrativo disciplinario, está a cargo de la secretaría técnica de procesos disciplinarios, la cual, al concluir su investigación remite un informe al órgano instructor para que, éste recién dé inicio al procedimiento administrativo disciplinario. Por lo cual, la información solicitada aún se encuentra en fase de investigación a cargo de la secretaria técnica de procesos disciplinarios, con lo cual, no está amparada por la excepción contemplada en el artículo 17.3 del TUO de la ley 27806-Decreto Supremo 021-2019-JUS-, por lo que dicha información debe ser proporcionada”*.

Mediante la Resolución N° 010108312020¹ se admitió a trámite el recurso impugnatorio presentado por el recurrente, solicitando a la entidad la remisión del expediente administrativo y de sus descargos, sin que hasta la fecha haya llegado alegato alguno.

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.

Por su parte, 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 por el principio de publicidad toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación de dicho principio.

Asimismo, el artículo 10 de la citada ley señala 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 ley.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 17 del mencionado cuerpo normativo establece que no puede ser ejercido el derecho de acceso a la información pública respecto de información clasificada como confidencial vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.

¹ El cual fue notificado a la entidad en fecha 23 de noviembre de 2020.

² En adelante, Ley de Transparencia.

Además, el primer párrafo del artículo 18 de la citada ley 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 advierte que la controversia radica en determinar si la información requerida se encuentra protegida por la excepción contenida en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

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”.

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”.

Por otro lado, en el fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07440-2005-PHD, el Tribunal Constitucional ha precisado que las entidades están obligadas a entregar información con la que deben contar, a pesar de no poseerla físicamente:

“[...] es razonable entender que una copia de dicha información obre en sus archivos, pues se trata de información que, por su propia naturaleza y las funciones que cumple, tiene el deber de conservar. Además, estima que, si

físicamente no la tuviera, puede perfectamente solicitarse o, en su defecto, ordenar su entrega." (subrayado nuestro).

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.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que le corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente 0959-2004-HD:

"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 el presente caso el recurrente solicitó a la entidad "copias del expediente administrativo disciplinario seguido contra el señor Dersi Zevallos Molleda - responsable de la ODS Ayacucho".



En tal sentido, mediante correo electrónico de fecha 15 de octubre de 2020, la entidad comunicó al recurrente que "no existe procedimiento administrativo disciplinario iniciado en contra del responsable de la ODS Ayacucho, sin embargo obra una investigación en trámite. En ese sentido su solicitud se encuentra inmersa en causal de excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información señalado en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia".



Sobre el particular, es importante tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 13 y 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2814-2008-PHD/TC, en el cual se precisó lo siguiente:

"13. Para lo que interesa al presente proceso debe citarse lo expuesto por el artículo 15-b de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que en el inciso 3 dispone que el derecho de acceso a la información pública no puede ser ejercido respecto:



'La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final'.

14. Así, la norma excluye del acceso a aquella información vinculada a la investigación en trámite al interior de un procedimiento administrativo sancionador. Tan solo podrá accederse a tal información cuando; i) queda consentida la resolución que pone fin al procedimiento, o ii) transcurren más de 6 meses desde que se inició el procedimiento sin que exista resolución final". (subrayado agregado)

Como se puede apreciar, la información protegida por el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, es la investigación en trámite al interior de un procedimiento administrativo sancionador, por lo que resulta indispensable la existencia de un procedimiento administrativo sancionador para poder aplicar la excepción invocada, contrariamente a lo señalado por la entidad.

Al respecto, es pertinente señalar que el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia señala expresamente que la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso "la exclusión de acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren las de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final". (subrayado agregado).

Conforme se advierte del citado texto, la norma establece dos (2) supuestos distintos - y no concurrentes - en los cuales la exclusión de acceso a la información termina:

1. **Cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida.**- Dicho supuesto exige que el acto administrativo dictado por la entidad no haya sido impugnado, de modo que el procedimiento administrativo concluye.
2. **Cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.**- Al respecto, la norma exige la concurrencia de dos (2) requisitos: el primero consiste en el simple transcurso del tiempo, que conforme lo señala la norma es de seis (6) meses; y, el segundo, que en dicho plazo la Administración no haya dictado la resolución final del procedimiento administrativo.

En esa línea, el ejercicio de la potestad sancionadora de las entidades se realiza dentro del procedimiento administrativo sancionador, en el cual dentro de la fase de instrucción correspondiente, de manera diferenciada de la fase de resolución, se realiza una investigación definitiva para determinar la comisión o no de la infracción administrativa, recabando los descargos, actuando las pruebas ofrecidas por los administrados, produciéndose los informes orales, entre otras actuaciones procedimentales que incluso pueden determinar el archivo del procedimiento iniciado.

En tal sentido, es dicho procedimiento que se inicia con la imputación de cargos el que se encuentra protegido por la excepción contemplada en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de la interpretación restrictiva dispuesta por el artículo 18 del mismo cuerpo legal el mismo que

establece que las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva, atendiendo evidentemente a que se trata de la limitación de un derecho fundamental.

Conforme se advierte indubitavelmente de lo señalado por la entidad se trata de documentación que potencialmente pudiera dar origen al inicio de un procedimiento administrativo disciplinario. Siendo esto así, la entidad no ha hecho referencia expresa a un procedimiento administrativo determinado en el que se esté ejerciendo la potestad sancionadora del Estado, así como tampoco se ha acreditado que el aludido procedimiento, se encuentre dentro de los seis (6) meses protegidos por la causal de excepción contemplada en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por lo que la Presunción de Publicidad respecto del acceso a dicha documentación se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada por la mencionada entidad.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación, ordenando a la entidad que brinde la información pública requerida³ por el recurrente, de conformidad con las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes.

Finalmente, en virtud a lo previsto por 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 contrarias a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

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 recaído en el Expediente N° 01188-2020-JUS/TTAIP de fecha 19 de octubre de 2020, interpuesto por **BRYAN ANTICONA CRAVERO** y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO – SUNASS** que entregue la información pública solicitada por el recurrente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.



Artículo 2.- SOLICITAR a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO – SUNASS** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información al recurrente **BRYAN ANTICONA CRAVERO**.

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 **BRYAN ANTICONA CRAVERO** y a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE**

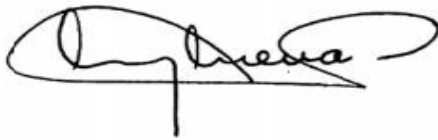
³ Salvaguardando, de ser el caso, la información que se encuentre protegida por la Ley de Transparencia.

SANEAMIENTO – SUNASS, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

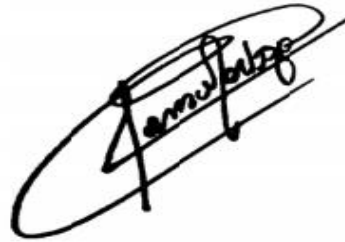
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presicente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: pcp/jeslr