Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020301402020

Expediente	:	00431-2020-JUS/TTAIP
Impugnante	:	**JOSÉ ABEL MEDINA CAMPOS**
Entidad	:	**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**
Sumilla	:	Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 17 de julio de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00431-2020-JUS/TTAIP de fecha 13 de marzo de 2020, interpuesto por **JOSÉ ABEL MEDINA CAMPOS**, contra la comunicación de correo electrónico de fecha 16 de octubre de 2019, mediante la cual la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** reencauzó su solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 10 de octubre 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de octubre de 2019, el recurrente, solicitó a la entidad mediante Formulario Web remitir a su correo electrónico "*copia del informe de auditoría (sin apéndices) elaborado por el OCI del Banco de la Nación y remitido a la CGR, relacionado con el uso irregular de vehículos y abastecimiento de combustible en el Banco de la Nación durante la gestión (2011-2015) del entonces Presidente Ejecutivo Carlos Díaz Mariños"*.

Con fecha 16 de octubre de 2019, mediante correo electrónico la entidad comunica al recurrente que habiendo efectuado la revisión del contenido de su solicitud se aprecia que la información solicitada se encontraría en posesión del Órgano de Control Institucional del Banco de la Nación, por ello conforme al artículo 15-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada por el Decreto Supremo Nº 072-2003-PCM[1], se ha remitido su solicitud a esta entidad para el trámite correspondiente.

En la misma fecha, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, alegando que las entidades tienen la obligación de entregar la información que generen o que posean así no la hayan generado y que todos los informes que emiten los Órganos de Control Interno son remitidos a la Contraloría General de la

[1] En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

República en físico y en digital, por lo que se entiende que la entidad posee dicha información.

Mediante Oficio N° 00146-2019-CG/GCOC, ingresado el 13 de marzo de 2020, la entidad elevó a esta instancia el recurso de apelación, indicando además que el reencauzamiento de la solicitud de información se encontraba sustentada en lo dispuesto en el punto 7.4 de la Directiva Nº 009-2019-CG/GCOC "Atención de solicitudes de acceso a la información pública por los órganos del sistema nacional de control", aprobada por Resolución de Contraloría N° 226-2019-CGC de fecha 31 de julio de 2019, el cual precisa que, "*Cuando se solicite información relacionada con el ejercicio de control gubernamental realizado por los OCI, el FRAI de la entidad a la que pertenece el OCI se encargará de su atención*". Asimismo, indicó que si bien los órganos de control institucional remiten los informes de control a la Contraloría General de la República, estos son sujetos a modificaciones y reformulaciones.

Mediante Resolución N° 020101392020[2] se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio y se requirió a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud del recurrente, y formule los descargos que considere pertinentes, de ser el caso, los cuales hasta la fecha de la emisión 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 las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, 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; asimismo, para los efectos de la referida ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

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 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

[2] Notificada a la entidad el 13 de julio de 2020.
[3] En adelante, Ley de Transparencia.

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.

2.1. Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia consiste en determinar si la entidad ha atendido la solicitud de acceso a la información pública del recurrente conforme a ley.

2.2. Evaluación

Conforme con lo dispuesto por las normas 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.

Con relación a dicho principio, 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 (STC N.° 02579-2003-HD/TC), de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas"*.

En ese contexto, 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 dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

En el caso de autos, el recurrente ha solicitado copia del informe de auditoría (sin apéndices) elaborado por el Órgano de Control Interno del Banco de la Nación y remitido a la Contraloría General de la República, relacionado con el uso irregular de vehículos y abastecimiento de combustible en el Banco de la Nación durante la gestión (2011-2015) de su entonces Presidente Ejecutivo, Carlos Díaz Mariños.

Por su parte, la entidad reencauzó la solicitud de información hacia la Oficina de Control Institucional del Banco de la Nación, alegando que era ella la que elaboró la información solicitada, añadiendo que conforme al punto 7.4 de la Directiva Nº 009-2019-CG/GCOC "Atención de solicitudes de acceso a la información pública por los órganos del sistema nacional de control", aprobada por Resolución de Contraloría N° 226-2019-CGC de fecha 31 de julio de 2019, "*Cuando se solicite información relacionada con el ejercicio de control gubernamental realizado por los OCI, el FRAI de la entidad a la que pertenece el OCI se encargará de su atención*". Además, adujo que los informes de control remitidos por los órganos de control institucional a la Contraloría General de la República, eran modificados o reformulados por esta.

Sobre el particular, el artículo 10 de la Ley de Transparencia precisa 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 <u>o que se encuentre en su posesión o bajo su control</u>"* (subrayado agregado).

En dicha línea, el tercer párrafo artículo 13 de la Ley de Transparencia, dispone que: "*La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información <u>con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido</u>. 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".*

En dicho contexto, una entidad no solo se encuentra obligada a atender una solicitud de información, cuando haya sido esta la que ha producido la información que se requiere, sino también cuando posee dicha información, por lo que para denegar la solicitud de información o reencauzarla hacia otra entidad, aquella deberá descartar e indicar expresamente al solicitante no solo que no la ha producido sino que no la posee, para lo cual deberá acreditar que dicha información ha sido solicitada al funcionario o servidor que, en atención a sus funciones y responsabilidades, es el que debe tener la información requerida. Así, lo ha precisado este Tribunal en el Precedente Vinculante publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 11 de febrero de 2020[4], en el cual se establece que:

"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 <u>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</u>.

[4] 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.

*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 y resaltado agregado).

Ahora bien, en este caso la entidad ha efectuado un reencauzamiento del pedido de manera inválida, pues conforme al literal b) del artículo 11 de la Ley de Transparencia dicho reencauzamiento solo procede cuando *"la entidad de la Administración Pública no esté obligada a poseer la información solicitada"*, supuesto que la entidad no solo no ha negado, sino que incluso en el Oficio N° 00146-2019-CG/GCOC, con el cual se elevó a esta instancia el recurso de apelación, la entidad reconoce que los informes de control son remitidos por los órganos de control interno de las entidades a la Contraloría General de la República para su revisión y reformulación, en su caso.

Adicionalmente a ello, el artículo 14 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, prescribe:

"El ejercicio del control gubernamental por el Sistema en las entidades, se efectúa bajo la autoridad normativa y funcional de la Contraloría General, la que establece los lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos correspondientes a su proceso, en función a la naturaleza y/o especialización de dichas entidades, las modalidades de control aplicables y los objetivos trazados para su ejecución.
Dicha regulación permitirá la evaluación, por los órganos de control, de la gestión de las entidades y sus resultados.
La Contraloría General, en su calidad de ente técnico rector, organiza y desarrolla el control gubernamental en forma descentralizada y permanente, el cual se expresa con la presencia y accionar de los órganos a que se refiere el literal b) del artículo precedente en cada una de las entidades públicas de los niveles central, regional y local, que ejercen su función con independencia técnica" (subrayado agregado).

En dicha línea, la parte *in fine* del punto 7.2 de la Directiva Nº 003-2014-CG/ACA "Revisión de Oficio de los informes emitidos por los Órganos de Control Institucional de acuerdo a los estándares de calidad" aprobada mediante Resolución de Contraloría Nº 274-2014-CG de 13 de mayo de 2014, dispone que:

"(…) El OCI emite el informe resultante del servicio de control posterior y lo remite en primer término a la CGR para los fines de proceso de revisión y de reformulación, luego de lo cual lo remite al titular de la entidad e instancias correspondientes para la implementación de las recomendaciones, de acuerdo a las disposiciones del numeral 7.2.1 y 7.2.2
El sistema informático correspondiente, proporciona el universo de informes emitidos por los OCIs, debiendo el jefe de dicho órgano mantenerlo actualizado, bajo responsabilidad.
La comunicación de la CGR y el OCI en la fase de selección del informe se realiza en línea, a través del sistema informático correspondiente" (subrayado agregado).

Atendiendo a lo expuesto, si bien el informe solicitado por el recurrente no fue elaborado por la entidad, ésta, de acuerdo a las normas citadas y conforme lo ha reconocido, recibe los informes emitidos por los Órganos de Control Institucional a nivel nacional, para efectos de su revisión y reformulación, en su caso, los cuales se registran a través de un sistema informático manejado también por la Contraloría General de la República; por lo que al no haber descartado la posesión del documento requerido, el reencauzamiento dispuesto no resultaba legítimo.

Dicho reencauzamiento, al haberse efectuado pese a no haberse configurado el supuesto de hecho habilitante de la norma, ha supuesto una denegatoria de la solicitud de información, conforme al artículo 13 de la Ley de Transparencia[5]. Adicionalmente, es preciso enfatizar que disponer el reencauzamiento cuando la solicitud puede ser atendida por la entidad a la cual se dirigió la misma, supone una dilación innecesaria de dicha atención, lo cual afecta el derecho a acceder a la información pública de manera oportuna.

Por lo expuesto, el recurso de apelación materia de análisis debe ser estimado, debiendo la entidad entregar la información requerida o, en su caso, precisar de modo claro si no la posee; agotando, en caso corresponda, las acciones para ubicarla o reconstruirla, conforme a lo previsto por el penúltimo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia[6] y el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia[7].

Por lo demás, en cuanto al argumento de que el punto 7.4 de la Directiva Nº 009-2019-CG/GCOC "Atención de solicitudes de acceso a la información pública por los órganos del sistema nacional de control", aprobado por Resolución de Contraloría Nº 226-2019-CGC, establece que la información relacionada con el ejercicio de control gubernamental realizado por los órganos de control interno debe ser proporcionada por la entidad a la que pertenece dicho órgano, debe enfatizarse que dicha norma no es contraria a la Ley de Transparencia, en tanto se entienda que la entidad a la cual pertenece el órgano de control interno es a la que ha sido dirigida la solicitud de información, pues si la solicitud ha sido dirigida a la Contraloría General de la República, y esta posee el documento elaborado por el órgano de control interno, corresponderá a esta entregar la documentación solicitada.

Finalmente, el hecho de que la Contraloría General de la República pueda modificar o reformular el informe de control recibido, no descarta que esta

---

[5] De acuerdo a este precepto normativo, *"(…) 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 (…).*
Si el requerimiento de información no hubiere sido satisfecho, la respuesta hubiere sido ambigua o no se hubieren cumplido las exigencias precedentes, se considerará que existió negativa en brindarla" (subrayado agregado).

[6] Dicha norma precisa 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 brindar una respuesta al solicitante".*

[7] El referido dispositivo prescribe 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".

posea el informe primigenio derivado por el órgano de control interno, en base al cual se efectúa la revisión y reformulación respectiva, informe que es el que el recurrente ha solicitado en el caso de autos.

Por otro lado, en cuanto a la información solicitada, la entidad no ha invocado alguna causal de excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública establecida en la Ley de Transparencia, pese a tener la carga de acreditar dicha circunstancia, por lo que la presunción de publicidad sobre la información requerida al no haber sido desvirtuada se encuentra plenamente vigente.

En consecuencia, este colegiado concluye que la respuesta brindada por la entidad no cumple con el deber de motivar adecuadamente la no entrega de parte de la información solicitada, por lo que, corresponde que la entidad proceda conforme el precedente vinculante antes señalado, y, de ser el caso, proceda conforme al artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia y con la reconstrucción respectiva, de acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes.

Finalmente, en virtud a lo dispuesto por 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.

Por los considerandos expuestos y de conformidad con lo previsto en el artículo 111 de la Ley N° 27444, así como por el artículo 6 y 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; interviniendo la Vocal Titular de la Primera Sala María Rosa Mena Mena ante la abstención formulada por la Vocal Titular de la Segunda Sala de esta instancia Vanessa Erika Luyo Cruzado[8];

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **JOSÉ ABEL MEDINA CAMPOS**; **REVOCANDO** lo dispuesto en el correo electrónico de fecha 16 de octubre de 2019, en consecuencia, **ORDENAR** a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÙBLICA** que cumpla con entregar la información pública solicitada al recurrente, así como dé cumplimiento al precedente administrativo contenido en la Resolución N° 010300772020 emitida por esta instancia y publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 11 de febrero de 2020, agotando, de corresponder, las acciones necesarias para ubicarla o reconstruirla; conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÙBLICA** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de la presente resolución.

[8] Conforme a la designación de vocal reemplazante realizada a través de la Resolución N° 031200212020 de fecha 13 de febrero de 2020 y a la Resolución N° 010400202020 de fecha 24 de junio de 2020 que declara fundada la abstención formulada.

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 **JOSÉ ABEL MEDINA CAMPOS** y a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÙBLICA**, 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).

VANESA VERA MUENTE
Vocal Presidenta

MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: fjlf/ysll

VOTO SINGULAR
VOCAL JOHAN LEÓN FLORIÁN

En el presente caso, si bien coincido con los fundamentos y decisión adoptados por mis colegas vocales, estimo que resultaba necesario que, tanto en los fundamentos como en la parte resolutiva, se agregue el aspecto referido a la información protegida por el literal n) del artículo 9 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, literal modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30742[9].

En el presente caso, la entidad rechazó la solicitud de acceso a la información pública y dispuso indebidamente que la misma se reencauce hacia el Banco de la Nación. En lugar de eso, la entidad debió responder si poseía o no la información solicitada, más aun cuando ha reconocido que los informes de control emitidos por las OCI llegan a su poder. Solo si no la poseía, podía rechazar la solicitud. Por tanto, es correcto que se le exija que entregue el informe requerido, o en su defecto, responda de manera clara si no la posee, la razón de ello, y agote las acciones necesarias para la búsqueda o reconstrucción de la información, eventualmente.

La cuestión problemática, sin embargo, radica en que para que una entidad estatal entregue información no basta con que la posea, sino que dicha información debe ser pública o, no estar afectada por ningún supuesto de excepción establecido en la Ley de Transparencia o en alguna otra norma especial con rango de ley. Sucede que en el caso de autos al haberse dispuesto el reencauzamiento por parte de la entidad, esta nunca efectuó tal evaluación, es decir, nunca realizó la calificación del carácter público o confidencial de la información solicitada.

Ante dicho escenario, y al no poder esta instancia anular la decisión de la entidad para que sea esta la que califique la información requerida[10], correspondía a este Tribunal realizar la labor de calificación referida. Dicha labor podía ser muy sencilla si la información solicitada fuese eminentemente pública (como la de obras públicas, o concursos públicos), pero tratándose de información cuya publicidad o confidencialidad dependiese de la existencia de alguna condición específica que esta instancia desconociese (si un procedimiento disciplinario se encuentra dentro del plazo de seis meses de iniciado, por ejemplo) la decisión debía incluir la posibilidad de que la entidad verificase la existencia o no de dicha condición, en ejecución de la presente resolución.

En contra del hecho de que esta solución pudiese brindar un margen de discrecionalidad grande a la entidad para calificar nuevamente la solicitud y denegar el

---

[9] En adelante, Ley N° 27785.

[10] Y es que, conforme al numeral 9.1 del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1353, *"Al resolver el recurso de apelación sobre entrega de información, el Tribunal puede confirmar, modificar o revocar la decisión de la entidad"* (subrayado agregado).

requerimiento de información, puede decirse que a diferencia de lo que sería una calificación *motu proprio*, en este caso, dicha calificación se encuentra acotada dentro de los parámetros señalados en la resolución, cuyo seguimiento puede ser eventualmente revisado por el mismo Tribunal.

En el caso de autos, a diferencia de lo consignado por mis colegas en la resolución en mayoría, desde mi perspectiva no solo debía condicionarse la entrega de la información a que se verifique su existencia en los archivos de la entidad o se agoten los esfuerzos por ubicarla o reconstruirla, sino también a que dicha información sea pública. En este último supuesto, correspondía a este Tribunal delimitar aquello que la entidad debía evaluar para determinar si la información debía ser entregada o no, o debía serlo de modo parcial, a través del tachado respectivo. Para ello, resultaba indispensable, desde mi punto de vista que el Tribunal delimitase la causal de confidencialidad de la información sobre los procesos de control a cargo de la Contraloría General de la República, prevista en el literal n) del artículo 9 de la Ley N° 27785, en la medida que la información requerida versaba sobre dicho procedimiento de control. Mi discrepancia con la resolución en mayoría consiste en no haber incluido dicha condición para la entrega, ni los parámetros para su delimitación.

En dicha línea me parecía necesario acotar lo siguiente: El literal n) del artículo 9 de la Ley N° 27785 recoge como un principio del control gubernamental la reserva de la información generada durante la ejecución del control *"cuya difusión pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o que dificulte la tarea de este último"*.

De acuerdo con dicho dispositivo, la información generada en la ejecución del control debe mantenerse en reserva cuando su revelación o difusión pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o que dificulte la tarea de este último. Esta norma no establece un principio de reserva absoluto de la información producida en el procedimiento de control, sino que impone la acreditación de una condición para que dicha reserva opere, y se impida el acceso público a la documentación obrante en el mencionado procedimiento. La aludida condición consiste en la existencia de un apremiante interés público que quedaría afectado con la difusión de la información, en este caso, el daño que puede causarse a la entidad, a su personal o al Sistema de Control.

El requisito alusivo a la existencia de dicho daño ha sido reconocido en la doctrina, legislación y jurisprudencia comparada como *"prueba del daño"*, el cual consiste en un test que permite revelar si existe un riesgo claro, probable y específico de que con la difusión de la información se produzca un daño o perjuicio significativo a un interés público o bien constitucional[11].

Así aparece, por ejemplo, en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información aprobada por resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en la cual al momento de regular las excepciones al acceso a la información pública (artículo 41) se precisa que: *"Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información únicamente cuando el acceso generare un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo, a los siguientes intereses públicos…"*[12] (resaltado nuestro).

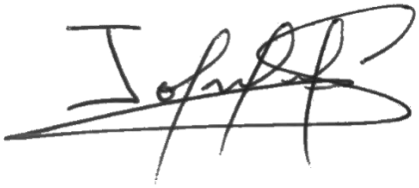
---

[11] Sobre la prueba del daño puede verse CEJUDO, Guillermo: *Diccionario de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, INAI, México, 2019, pp. 265-269; LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y POSADAS, Alejandro: "Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada", en *Derecho Comparado de la Información*, UNAM, México, enero-junio de 2007, pp. 21-65.

[12] Del mismo modo, según los artículos 103 y 104 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México: *"Para motivar la clasificación de la información y la ampliación del plazo de reserva, se deberán señalar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron al sujeto obligado a concluir que el caso*

Por otro lado, además de la existencia del aludido daño, el mismo literal n) del artículo 9 de la Ley N° 27785, establece que *"Culminado el servicio de control y luego de notificado el informe, el mismo adquiere naturaleza pública y debe ser publicado en su integridad en la página web de la Contraloría General de la República"*. Es decir, la aludida reserva del procedimiento de ejecución del control cesa con la conclusión del procedimiento, por lo que es deber de la entidad acreditar que el procedimiento se encuentra aún en trámite para alegar la necesidad de mantener la reserva de la información.

En consecuencia, en el caso de autos, mi voto es porque se declare fundado el recurso de apelación y se ordene a la entidad entregar la información requerida por el solicitante, o, en su caso: i) precise de modo claro si no la posee, y cuál es la razón de ello, agotando, de corresponder, las acciones necesarias para ubicarla o reconstruirla de tratarse de un caso de extravío o eliminación indebida; o ii) de poseerla, para negarla al amparo del literal n) del artículo 9 de la Ley N° 27785, acredite si el referido procedimiento se encuentre aún en trámite y que la entrega de la información solicitada puede generar un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la entidad, a su personal o al Sistema de Control.



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

particular se ajusta al supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento. Además, el sujeto obligado deberá, en todo momento, aplicar una prueba de daño. En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá justificar que: I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional".