



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCION 000061-2021-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 01487-2020-JUS/TTAIP
Impugnante : **ANDREA NICOLE SILVA PADILLA**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO AZUL**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 20 de enero de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 01487-2020-JUS/TTAIP de fecha 24 de noviembre de 2020, interpuesto por **ANDREA NICOLE SILVA PADILLA** contra la Carta N° 033-2020-RT-MDCA remitida mediante correo electrónico de fecha 4 de noviembre de 2020, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO AZUL** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada mediante Registro N° 3911-2020 de fecha 27 de octubre de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de octubre de 2020 la recurrente solicitó a la entidad “(...) *COPIA SIMPLE del expediente presentado por doña YRENE PAYANO MELGAREJO quien tengo entendido solicito VISACION de Planos en la Playa Hueso Los Reyes (último trámite realizado vigente)*” (sic)

A través de la Carta N° 033-2020-RT-MDCA remitida mediante correo electrónico de fecha 4 de noviembre de 2020, la entidad denegó el acceso, invocando la excepción regulada en el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS¹. Asimismo, adjuntó el Informe N° 332-2020-DYCH-JOPUOPC/MDCA de fecha 27 de octubre de 2020, emitido por el Jefe de la Oficina de Planeamiento Urbano, Obras Privadas y Catastro, mediante el cual señaló que “[m]ediante Exp N°.- 3381-2020, La Sra. **SANTA YRENE PAYANO MELGAREJO Y OTROS**, solicitan visación de Planos, el mismo que se encuentra en proceso de revisión por el suscrito (...)”.

Con fecha 21 de noviembre de 2020 la recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, alegando que la información peticionada se refiere a “(...) *un trámite absolutamente CULMINADO, vale decir que el acto administrativo ya cumplió para todo efectos legales el fin para el cual fue regulado y esta ARCHIVADO, no está ni ha sido materia de apelación o reconsideración sino que ya se emitió para todo efecto legal.*” (sic) Además, añade que no se ha cumplido con fundamentar la

¹ En adelante, Ley de Transparencia.

excepción invocada, puntualizando que “(...) *el pedido de la señora YRENE PAYANO fue atendido y archivado, DE HECHO jamás puede ser una visación de planos tratada como LA RESUELTA de un CONSEJO, RECOMENDACIÓN U OPINION por la sencilla razón QUE NO LO ES ya que de acuerdo a sus propios requerimientos y naturaleza jurídica se obtiene un RESULTADO concreto y efectivo que es la visación o no de los planos que es, por ello (...) perfectamente ES UNA **SERVICIO administrativo de carácter PÚBLICO**, por el cual **se PAGA** una tasa municipal (...) tiene **REQUISITOS** (...)”.*

Mediante la Resolución N° 020100032021² se admitió a trámite el citado recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la referida solicitud, así como la formulación de sus descargos. Al respecto, mediante Escrito S/N presentado con fecha 13 de enero de 2021, la entidad reiteró los extremos de su denegatoria.

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 de la Ley de Transparencia 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.

Así también, 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; 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 debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley.

Además, el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

Asimismo, resulta oportuno precisar que la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, establece que constituye una excepción al derecho de acceso a la información pública, “*La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y*

² Resolución notificada a la entidad con fecha 11 de enero de 2021, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia.

consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones”.

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base a razones de hecho y a las excepciones respectivas contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la información requerida se encuentra protegida por la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

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).

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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.

Asimismo, con relación a los gobiernos locales, es pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, al señalar que: *“La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley N° 27444 (...).”* (subrayado nuestro), estableciendo de ese modo que uno de los principios rectores de la gestión municipal es el principio de transparencia.

Igualmente, el artículo 118 *in fine* de la referida ley establece que: *“El vecino tiene derecho a ser informado respecto a la gestión municipal y a solicitar la información que considere necesaria, sin expresión de causa; dicha información debe ser proporcionada, bajo responsabilidad, de conformidad con la ley en la materia.”* (subrayado nuestro).

Siendo ello así, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de los gobiernos locales, de modo que la información que estas entidades posean, administren o hayan generado como consecuencia del ejercicio de sus facultades, atribuciones o el cumplimiento de sus obligaciones, sin importar su origen, utilización o el medio en el que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública.

Ahora bien, en el caso de autos la recurrente solicitó a la entidad copia simple del expediente presentado por la señora Yrene Payano Melgarejo sobre la visación de planos en la Playa Hueso Los Reyes. Al respecto, mediante la Carta N° 033-2020-RT-MDCA, la entidad comunicó al recurrente que el expediente requerido se encontraría en proceso de revisión por parte de su Oficina de Planeamiento Urbano, Obras Privadas y Catastro, invocando la excepción regulada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; precisándose que a nivel de sus descargos reiteró los extremos de su denegatoria sin realizar mayor detalle.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de: *“La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones”* (subrayado agregado).

Sobre el particular, cabe señalar que el hecho de que un asunto se encuentre aun en una fase de deliberación o en el marco de un procedimiento en trámite, sin que se haya adoptado una decisión final respecto de él, no es el único elemento a considerar para que una información se encuentre protegida por la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia,

sino que en dicha causal existen otros elementos que también deben ser considerados para configurar dicho supuesto.

Así, la Ley de Transparencia establece dos supuestos respecto del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, conforme se detalla a continuación:

1. El primer párrafo, regula la imposibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información pública cuando el requerimiento esté referido a información que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, ya sea de aquella información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones, salvo que dicha información sea pública.
2. El segundo párrafo, establece que, culminado el proceso deliberativo y consultivo, con la emisión de la decisión de gobierno, la excepción de confidencialidad cesa, siempre y cuando, la entidad de la Administración Pública haga referencia en forma expresa a los consejos, recomendaciones u opiniones.

Así, para que se configure la aludida causal no es suficiente aducir que existe un proceso deliberativo en curso, sino que es necesario establecer si la información solicitada contiene consejos, recomendaciones u opiniones relativos a la adopción de la decisión, y que dicha decisión tenga la característica de una “decisión de gobierno”.

En dicha línea, el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00712-2007-PHD/TC, lo siguiente:

“4. La demandada ha afirmado que la denegatoria de la información solicitada se sustenta en que se trata de información exceptuada de acceso, conforme lo establece el artículo 17, inciso 1), de la citada Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública. Según esta disposición se exceptúa de acceso la información:

“(…) que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones” (cursiva añadido).

El concepto central de esta disposición es la de “decisión de gobierno”. Están exceptuados entonces los documentos del proceso de deliberación y de consulta anterior a la adopción de una decisión de gobierno” (subrayado agregado).

Respecto a la referida excepción, cabe señalar que, según Úrsula Indacochea, esta tiene como propósito *“(…) proteger la calidad de las decisiones gubernamentales, permitiendo que los funcionarios puedan hacer un libre intercambio de ideas y comentarios y plasmarlos en documentos preliminares, y que puedan explorar en debates internos las distintas alternativas de actuación sin miedo al escrutinio público (...)*”⁴ (subrayado agregado).

Asimismo, respecto al concepto de decisiones gubernamentales Cassagne señaló:

⁴ INDACOCHEA, Úrsula. “La protección de las deliberaciones previas a una decisión de gobierno en la administración pública (parte I)”. En Suma Ciudadana. Disponible en: <https://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/02/la-proteccion-de-las-deliberaciones-previas-a-una-decision-de-gobierno-en-la-administracion-publica-parte-i/>. Consulta realizada el 20 de enero de 2021.

“(...) la denominada función política o de gobierno, [está] referida a la actividad de los órganos superiores del Estado en las relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones que organiza la Constitución y a la actuación de dichos órganos como representantes de la nación en el ámbito internacional. (...) Con un sentido similar la función de gobierno ha sido caracterizada como aquella actividad de los órganos del Estado, supremos en la esfera de sus competencias, que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad o paz (...)”⁵ (subrayado agregado).

En ese sentido, el primer párrafo del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece la excepción del acceso a la documentación que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de la decisión de gobierno, pero únicamente respecto de la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones previos a la emisión de una decisión de gobierno.

De allí que, dentro del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, aparte de la información protegida conforme a los fundamentos antes expuestos, también existe información que es de naturaleza pública y puede ser entregada en el marco del derecho de acceso a la información pública.

De autos se aprecia que la entidad, tanto en la respuesta brindada a la recurrente, así como a nivel de sus descargos, únicamente consignó el contenido del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sin realizar fundamentación alguna respecto a la vinculación de la declaración de la información requerida como reservada con los extremos de dicho dispositivo legal.

De acuerdo a lo antes descrito, se evidencia que la entidad no ha señalado ni ha acreditado que la información requerida contenga consejos, recomendaciones u opiniones que se vinculen a una decisión que tenga la característica de una “decisión de gobierno”, como exige el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, pese a que tiene la carga de acreditar dichas circunstancias; por lo que se concluye que la presunción de publicidad que pesa sobre toda información en poder del Estado se mantiene vigente al no haber sido desvirtuada por la entidad.

Asimismo, cabe señalar que mediante la Resolución N° 020305832020 de fecha 23 de diciembre de 2020, esta instancia ordenó la entrega de la misma información solicitada en el presente procedimiento, por constituir información de carácter público, atendiendo a los argumentos expuestos previamente, y considerando que conforme al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la entidad, la visación de planos es un procedimiento administrativo a cargo de la misma, en el cual se verifica la presentación de planos de ubicación, perímetro y memoria descriptiva firmada, por lo cual dicha decisión se adopta en el marco de una competencia reglada y no como una decisión de gobierno.

En dicho contexto, es preciso destacar que el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 9 y 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04145-2009-PHD/TC estableció que no puede considerarse información protegida por la

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho administrativo”. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, página 119.

excepción relativa a los consejos, recomendaciones u opiniones previos a la toma de una decisión de gobierno a aquella que sirve para la adopción de una decisión en el marco de una competencia reglada, conforme al siguiente texto:

“9. Este Tribunal considera que la información requerida por el demandante (copia del texto del Reglamento Interno de funcionamiento para la calificación de los expedientes precalificados por parte de la Comisión Ejecutiva reactivada por la Ley N° 29059) no se encuentra incursa en ninguno de tales supuestos, por cuanto se trata de una información que no es utilizada en el marco de una decisión de gobierno de la Administración Pública, ni es información que comprometa el secreto profesional que deben guardar los asesores jurídicos de las entidades públicas.

10. Por el contrario, se trata de una información que es empleada por la Administración para el ejercicio de una competencia reglada por cuanto la Comisión Ejecutiva debe cumplir con evaluar los expedientes sometidos a su conocimiento teniendo en cuenta los parámetros establecidos tanto en la Ley N° 27803 como en la Ley N° 29059, en cuya Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final se señala, precisamente, que los miembros de la Comisión Ejecutiva son responsables solidariamente por la no información, ocultamiento de información y/o transgresión del debido proceso en la calificación y evaluación de los expedientes” (subrayado agregado).

En ese sentido, en la medida que la documentación requerida sirve de sustento para la adopción de una decisión administrativa como es la visación de planos, dicha documentación tiene carácter público.

Sin perjuicio de ello, en el supuesto que la documentación solicitada contenga información protegida por las excepciones reguladas en la Ley de Transparencia, tal como datos de individualización y contacto de la señora Yrene Payano Melgarejo o de otros ciudadanos, ello no es óbice para denegar la solicitud de acceso a la información pública; considerando que el artículo 19 de la Ley de Transparencia establece que cuando un documento contenga, en forma parcial, información que no sea de acceso público, se permitirá el acceso a la información disponible del documento.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación, ordenando a la entidad que brinde la información pública requerida por la recurrente, tachando de ser el caso los datos de individualización y contacto conforme a las precisiones anteriormente detalladas.

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.

De conformidad con lo dispuesto 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;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **ANDREA NICOLE SILVA PADILLA**, **REVOCANDO** la Carta N° 033-2020-RT-MDCA remitida

mediante correo electrónico de fecha 4 de noviembre de 2020, emitida por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO AZUL**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue a la recurrente la información requerida, tachando de ser el caso los datos de individualización y contacto conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO AZUL** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-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 **ANDREA NICOLE SILVA PADILLA** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO AZUL** de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la norma señalada en el artículo precedente.

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

VANESA VERA MUENTE
Vocal Presidenta

VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal

JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal