

Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 000083-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente: 01741-2020-JUS/TTAIP

Recurrente : GASTÓN ROGER MORALES RAMOS

Entidad : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN ISIDRO

Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 25 de enero de 2021

VISTO el Expediente de Apelación Nº 01741-2020-JUS/TTAIP de fecha 30 de diciembre de 2020, interpuesto por **GASTÓN ROGER MORALES RAMOS**¹, contra la respuesta contenida en el correo electrónico de fecha 22 de diciembre de 2020, a través del cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN ISIDRO**² atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente el 27 de noviembre de 2020, registrada con Exp. N° 14224-2020

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de noviembre de 2020, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico la siguiente información³:

"(...)

- 1. Copia del propietario del terreno ubicado entre las avenidas Aramburú con Carriquiri donde se propone desarrollar un proyecto de 20 pisos
- 2. Copia del Poder que presento Espinoza Arquitectos SAC para poder presentar el anteproyecto de 20 pisos de Aramburu con Carriquiri
- 3. Copia del Expediente 02372-2020.
- 4. Copia de la apelación y respuesta de la apelación ante la comisión técnica provincial del antes citado anteproyecto EXP. 12962-2020
- 5. Copia de la demanda competencia presentada ante el Tribunal Constitucional.
- 6. Copia de la demanda presentada ante el poder judicial sobre este tema.
- 7. Copia del escrito presentado ante Indecopi, sobre el mismo tema". (sic)

¹ En adelante, el recurrente.

En adelante, la entidad.

Al respecto, es importante señalar que en el ítem 1 de la solicitud figura el pedido de una copia del propietario del terreno, respecto de lo cual la entidad debió requerir se realice la precisión respectiva en el plazo de dos (2) días hábiles; sin perjuicio de ello, en atención al Principio de Celeridad contemplado en el numeral 1.9 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, se encuentra facultado a contactarlo para dar una adecuada atención al pedido.

El 2 de diciembre de 2020, la entidad comunicó el desarchivamiento del expediente solicitado para la lectura del expediente el día 3 de diciembre de 2020 a las 2:00 p.m. en las oficinas de la subgerencia de Obras Públicas en Calle 21 N° 765, San Isidro.

A través del correo electrónico de fecha 22 de diciembre de 2020, la entidad notificó al recurrente el Informe N° 625-2020-12.1.0-SOPRI-GACU/MSI de la Subgerencia de Obras Privadas y el Memorándum Vía Remota N° 760-2020-0700-PPM/MSI del Procurador Público Municipal, mediante los cuales la entidad atendió la solicitud. Mediante el primer documento se le informó sobre el desarchivamiento del expediente quedando a la espera de la coordinación de la fecha para realizar lectura del expediente solicitado; y, a través del segundo, se denegó de manera expresa el acceso de lo peticionado en el punto 5, 6 y 7, sobre procesos judiciales y administrativos que se encuentran en trámite, al amparo del artículo 15-B numeral 4 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información⁴, a través del cual se exceptúa la entrega de documentos que puede revelar la estrategia adoptada en la tramitación del proceso, que aún no ha concluido. Respecto de la demanda competencial, judicial y escrito a la que hace referencia, constituyen documentos que se encuentran en trámite ante el Tribunal Constitucional, Poder Judicial e INDECOPI.

El 23 de diciembre de 2020, el recurrente interpuso ante la entidad el recurso de apelación⁵ materia de análisis contra el contenido del Informe y de Memorándum, alegando que se ha vulnerado el plazo de 12 días útiles establecidos en el inciso b) del artículo 11 del D.L. Nº 1353 para atender la solicitud, teniendo en cuenta que la entidad utilizó 15 días para los efectos correspondientes; asimismo, se ha ordenado se concurra a las instalaciones de la municipalidad para buscar y recabar la Información que requiere, por lo que da por denegada su solicitud; y, por último respecto de los puntos 5, 6 y 7, precisa que no se han requerido estrategias de defensa, sino copia de demandas y otros documentos notificados a las partes.

Mediante Resolución N° 010100452021⁶ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la presentación del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública, así como la formulación de sus descargos⁷, los cuales fueron presentados mediante Oficio Nº 015-2020-0600-SG/MSI de fecha 22 de enero de 2021, en el cual precisa "Asimismo, ponemos en conocimiento de su despacho que mediante el correo electrónico de fecha 22.DIC.2020 y 29.DIC.2020, se brindó respuesta al administrado, habiendo respondido con fecha 04.ENE.2021, lo que se acredita con las copias que se adjuntan al presente".

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

Cabe señalar que la excepción señalada por la entidad en la actualidad se encuentra ubicada en el numeral 4 del artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS.

⁵ Recurso impugnatorio elevado a esta instancia el 30 de diciembre de 2020 con Oficio N° 205-2020-0600-SG/MSI.

Resolución de fecha 11 de enero de 2021, notificada al correo electrónico de la entidad: mesadepartesvirtual@munisanisidro.gob.pe, el 13 de enero de 2020 a las 12:23 horas, con confirmación de recepción de la propia entidad en la misma fecha a horas 13:05, registrada con Documento Simple Nº 00602-2021, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.

⁷ Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes Física y Virtual correspondiente al día de hoy.

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-JUS³, 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 señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, 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 normativo, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley; asimismo, 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.

De otro lado, el quinto párrafo del artículo 13 refiere que no se podrá negar información cuando se solicite que esta sea entregada en una determinada forma o medio, siempre que el solicitante asuma el costo que suponga el pedido. Siendo esto así, el literal c del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM9, establece que las entidades de la administración pública pondrán a disposición del solicitante la liquidación del costo de reproducción.

El numeral 4 del artículo 17 de la norma en mención señala que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido cuando la información solicitada se encuentre preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la solicitud de acceso a la información pública fue atendida conforme lo establecido en la Ley de Transparencia; asimismo, conocer si lo requerido en los ítems 5, 6, y 7 se encuentra protegido por la excepción prevista en el numeral 4 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:

⁸ En adelante, Ley de Transparencia.

⁹ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

"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".

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.

Del mismo modo, 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, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas." (Subrayado agregado)

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que 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, 4 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 caso de autos, el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico la siguiente información:

"(...)

- 1. Copia del propietario del terreno ubicado entre las avenidas Aramburú con Carriquiri donde se propone desarrollar un proyecto de 20 pisos
- 2. Copia del Poder que presento Espinoza Arquitectos SAC para poder presentar el anteproyecto de 20 pisos de Aramburu con Carriquiri
- 3. Copia del Expediente 02372-2020.
- 4. Copia de la apelación y respuesta de la apelación ante la comisión técnica provincial del antes citado anteproyecto EXP. 12962-2020
- 5. Copia de la demanda competencia presentada ante el Tribunal Constitucional.
- 6. Copia de la demanda presentada ante el poder judicial sobre este tema.
- 7. Copia del escrito presentado ante Indecopi, sobre el mismo tema".

Respecto al desarchivamiento y puesta a disposición para la lectura de la información solicitada por el recurrente:

Sobre el particular, ante el requerimiento de información, se advierte de autos que la entidad a través de los correos electrónicos de fecha 2 y 22 de diciembre de 2020, comunicó al recurrente sobre el desarchivamiento del Expediente N° 02372-2020, ubicado en Av. Carriquirí con Av. Aramburú, el cual pone a disposición de este para su lectura en las instalaciones de la Subgerencia de Obras Privadas de la entidad.

En atención a ello, es preciso mencionar que el quinto párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia prevé que "No se podrá negar información cuando se solicite que esta sea entregada en una determinada forma o medio, siempre que el solicitante asuma el costo que suponga el pedido", conforme lo precisa el literal c) del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia. (Subrayado agregado)

En ese sentido, el literal g) del artículo 10 del Reglamento de la Ley de Transparencia, señala que, en la solicitud de acceso a la información, los ciudadanos podrán considerar opcionalmente, <u>la forma o modalidad en la que prefiere que la entidad le entregue la información requerida</u>, y en este caso el recurrente precisó que deseaba que la información le fuera remitida a su correo electrónico.

Por ello, en la medida que el recurrente ha solicitado <u>que la documentación</u> requerida le sea enviada a su correo electrónico, la precisión señalada por la entidad de invitarlo a realizar la revisión del expediente administrativo en mención, no cumple con la exigencia legal de atender la solicitud en el modo y forma solicitada, más aun, cuando el accionar de la entidad corresponde al ejercicio del derecho de acceso a la información pública <u>en la modalidad de acceso directo contemplado en el artículo 12 de la Ley de Transparencia;</u> es decir, difiere del mecanismo elegido por el solicitante.

En consecuencia, se advierte de autos que al no haber negado la entidad posesión de la información ni mucho menos su naturaleza pública, corresponde estimar este extremo del recurso de apelación y ordenar a la referida entidad que entregue al recurrente la información pública solicitada, en el modo y forma requerido¹⁰.

 Respecto a la denegatoria de los ítems 5, 6 y 7 de la solicitud en atención al numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Sobre el particular, en cuanto a los ítems 5, 6 y 7 de la solicitud de acceso a la información pública, la entidad denegó la misma alegando que los mismos se encontraban inmersos dentro de la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Al respecto, en lo concerniente a la excepción prevista en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, vale mencionar que dicho precepto establece textualmente que constituye una excepción al derecho de acceso a la información pública, "La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso".

Conforme se advierte del citado texto, la referida excepción exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1. La existencia de cierta información que ha sido creada o se encuentra en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis, recomendaciones, entre otros.
- 2. Que la información haya sido elaborada u obtenida por los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;
- 3. Que la información corresponde a una estrategia de defensa de la entidad: v.
- 4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

Ahora bien, conforme al Principio de Publicidad, toda la información contenida en documentos elaborados, obtenidos o en poder de la Administración Pública se considera pública, por lo que la denegatoria del derecho de acceso a dicha información sólo puede sustentarse en las causales de excepción previstas en la ley. En dicha línea, tal como lo dispone el artículo 18 de la Ley de Transparencia, al constituir las excepciones previstas en la ley una limitación a un derecho fundamental, su interpretación debe realizarse de manera restrictiva.

En tal sentido, este colegiado entiende que para la configuración del referido supuesto de excepción la norma exige la concurrencia simultánea de los citados requisitos, siendo evidente que la información en cuestión debe estar

6

Salvaguardando de ser el caso, la información que se encuentre protegida por la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal, al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

contenida en un documento que ha sido creado o se encuentre en posesión de la entidad.

Asimismo, dicha información no debe haber sido elaborada u obtenida por cualquier funcionario de la Administración Pública, sino que la norma exige que esta haya sido creada u obtenida específicamente por un asesor jurídico o un abogado de la entidad; es decir, requiere de una cualidad especial de quien haya elaborado u obtenido la información que es materia del requerimiento.

En esa línea, no basta lo antes mencionado para considerar que dicha información deba ser calificada como confidencial, puesto que la excepción no se configura sobre cualquier tipo de información, sino que ésta debe necesariamente corresponder a una estrategia de defensa de la entidad; es decir, el documento requerido debe ser susceptible de revelar la aludida estrategia de defensa.

Adicionalmente a ello, no basta que exista la referida información, obtenida por asesores jurídicos o abogados de la entidad y que corresponda a una estrategia de defensa, sino que la ley <u>exige la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, en el cual se pueda desplegar, aplicar y desarrollar dicha estrategia</u>. Ello es así toda vez que la parte final de la referida norma señala expresamente que la confidencialidad de dicha información termina cuando el procedimiento concluye.

En tal sentido, la sola invocación de la causal o afirmar de manera general que lo requerido en los ítems 5, 6 y 7 de la solicitud constituyan documentos que pudiesen revelar una "estrategia a adoptarse" en el trámite o defensa de un procedimiento administrativo o judicial, en la medida que es la propia entidad la que ostenta la carga de la prueba para determinar cuáles son los argumentos y/o sustentos que impediría su entrega, no bastando únicamente con la invocación de la excepción o su mera descripción, sino corresponde la carga de la prueba para acreditar, de qué manera dicha documentación corresponde a un proceso judicial (indicando de manera expresa y clara el expediente que lo identifica), el estado de su tramitación, sino además porqué dichos documentos contienen una estrategia a utilizar (bajo los parámetros expuestos en los párrafos precedentes).

Siendo esto así, en el presente caso la respuesta dada por la entidad se limita a señalar lo solicitado, se encuentra dentro de los alcances de la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, puesto que de la misma no se advierte sustento alguno sobre si estos constituyen una información preparada por asesores jurídicos o abogados de la entidad, cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado.

Por ello, la Presunción de Publicidad respecto del acceso a dicha documentación se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada por la entidad; en consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación en los extremos 5, 6 y 7 de solicitud y ordenar a la entidad que

proceda a la entrega de la información pública requerida, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes¹¹.

De otro lado, respecto a lo señalado en los descargos presentados mediante Oficio Nº 015-2020-0600-SG/MSI de fecha 22 de enero de 2021, en el cual la entidad precisa "Asimismo, ponemos en conocimiento de su despacho que mediante el correo electrónico de fecha 22.DIC.2020 y 29.DIC.2020, se brindó respuesta al administrado, habiendo respondido con fecha 04.ENE.2021, lo que se acredita con las copias que se adjuntan al presente"; sin embargo de la documentación remitida no se aprecia que la entidad haya entregado al recurrente el íntegro de lo solicitado, por lo que no ha operado en el presente caso la sustracción de la materia, debiendo acreditarse la referida entrega ante esta instancia en su oportunidad.

Finalmente, de conformidad con los artículos 30 y 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.

Por los considerandos expuestos¹² y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses:

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por FERNANDO OSORES PLENGE, REVOCANDO lo dispuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD en el correo electrónico de fecha el 17 de diciembre de 2020; y, en consecuencia, ORDENAR a la entidad que entregue la información pública requerida, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

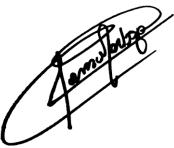
<u>Artículo 2</u>.- **SOLICITAR** al **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de la información señalada en el artículo precedente, a **FERNANDO OSORES PLENGE**.

<u>Artículo 3</u>.- **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.

<u>Artículo 4.-</u> ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a FERNANDO OSORES PLENGE y al INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

Salvaguardando de ser el caso, la información que se encuentre protegida por la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal, al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo № 004-2019-JUS. <u>Artículo 5</u>.- **DISPONER** la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA Vocal Presidente

MARÍA ROSA MENA MENA Vocal

PEDRO CHILET PAZ Vocal

vp: uzb