



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 001764-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01638-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **MAGALE ESTHER HUAYTA LOARTE**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 3 de setiembre de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 01638-2021-JUS/TTAIP de fecha 16 de agosto de 2021, interpuesto por **MAGALE ESTHER HUAYTA LOARTE**¹, contra la respuesta brindada mediante la Carta N° 0128-2021-MDSM/SG/FRAI/NEBH y anexos notificados mediante el correo electrónico de fecha 6 de agosto de 2021 a través de la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS**², denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada el 26 de julio de 2021, la cual generó el Exp. N.º 2122296.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 26 de julio de 2021, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico³ "(...) *Todo el contenido de los correos electrónicos (enviados, recibidos, borrados, etc), sin alteraciones, desde el inicio de su gestión hasta el 23 de julio del 2021, de los siguientes funcionarios:*

- *Ing. Christian Palacios Laguna (Alcalde).*
- *Abog. Juan José Valencia Rincon (Gerente Municipal).*
- *Abog. Jesús Rigoberto Armando Amado (Secretario General).*
- *Ing. Rómulo Francisco Paredes Copa (Gerente de Desarrollo Social).*
- *Ing. Mariano Peña Santillan (Sub gerente de Servicios Públicos y gestión Ambiental).*
- *Pnp. Francisco Ubaldo Salazar (jefe de Departamento de Seguridad Ciudadana).*
- *Abog. Cristian Max Acuña Pérez (Gerente de Asesoría Jurídica)".*

¹ En adelante, la recurrente.

² En adelante, la entidad.

³ Asimismo, la recurrente en su solicitud de acceso a la información pública señaló que "(...) *en caso la información sea voluminosa o pesada, deberá de enviar el enlace o link de descarga de la nube Onnedrive, Google Drive o similar a referido email, en caso que no sea posible por el correo, la información dese ser entregada a través de un CD*".

A través la Carta N° 0128-2021-MDSM/SG/FRAI/NEBH, notificada mediante el correo electrónico de fecha 6 de agosto de 2021, se hace llegar al recurrente el Informe N° 074-2021-MDSM-GAF/UI-ERMC⁴ e Informe N° 307-2021-MDSM/GAJ/G⁵, donde en este último se señala que “(...) *La Información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quien deberá proporcionar la información solicitada.*”

En ese sentido, de acuerdo a la normativa citada la recurrente Magdalena Esther Huayta Loarte debe señalar que tipo de información institucional de naturaleza pública es lo que solicita para poder brindar los contenidos de los correos electrónicos. Puesto que, no es de acceso público la información contenida en correos electrónicos de carácter de secreta, reservada, y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 del Texto único ordenado de la ley N° 27806 – Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.

El 11 de agosto de 2021, la recurrente interpone ante la entidad el recurso de apelación materia de análisis, alegando que “(...) *La entidad da a entender que la información solicitada (contenido de los correos electrónicos de los diferentes funcionarios) no es de acceso público”, más aún, cuando “(...) el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (...) ya determinó que los correos institucionales de los funcionarios públicos no están protegidos por el Secreto de las comunicaciones, por tanto, constituyen información pública así lo ha establecido en la Resolución 00582-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA, de fecha 25 de marzo de 2021”.*

Mediante la Resolución 001647-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA⁶ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos.

Con Oficio N° 0344-2021-MDSM/SG/FRAI, presentado a esta instancia el 25 de agosto de 2021, la entidad remite los actuados que se formaron para la atención de la solicitud materia de análisis; asimismo, remite sus descargos reiterando los argumentos antes descritos, añadiendo que se solicitó a la recurrente “(...) *señalar el tipo de información institucional de naturaleza pública que solicita para poder brindar los contenidos de los correos electrónicos (...), situación que no es una denegatoria por parte de esta entidad, lo que se requirió al administrado es que precise su pedido a fin de no incumplir con lo señalado en los artículo 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 – ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.*

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

⁴ Informe de fecha 4 de agosto de 2021, emitido por el responsable de la Unidad de Informática.

⁵ Informe de fecha 2 de agosto de 2021, emitido por el Gerente de Asesoría Jurídica.

⁶ Resolución de fecha 20 de agosto de 2021, notificada a la Mesa de Partes Virtual de la entidad mpv@munidesanmarcos.gob.pe, el 23 de agosto de 2021 a las 07:43 horas, con confirmación de recepción en la misma fecha a horas 09:36, generándose el Expediente N° 2125491.001, 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 N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

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-JUS7, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo 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 del mismo cuerpo normativo, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

Por su parte, el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM8, prescribe que la información contenida en correo electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quien debe proporcionar la información solicitada. No es de acceso público la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la entidad atendió la solicitud de acceso a la información pública del recurrente conforme los alcances 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

⁷ En adelante, Ley de Transparencia.

⁸ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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.

En el caso de autos, se advierte que con fecha 26 de julio de 2021 la recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico “(...) *Todo el contenido de los correos electrónicos (enviados, recibidos, borrados, etc), sin alteraciones, desde el inicio de su gestión hasta el 23 de julio del 2021, de los siguientes funcionarios:*

- *Ing. Christian Palacios Laguna (Alcalde).*
- *Abog. Juan José Valencia Rincón (Gerente Municipal).*
- *Abog. Jesús Rigoberto Armando Amado (Secretario General).*
- *Ing. Rómulo Francisco Paredes Copa (Gerente de Desarrollo Social).*
- *Ing. Mariano Peña Santillán (Sub gerente de Servicios Públicos y gestión Ambiental).*
- *Pnp. Francisco Ubaldo Salazar (jefe de Departamento de Seguridad Ciudadana).*
- *Abog. Cristian Max Acuña Pérez (Gerente de Asesoría Jurídica)”.*

Al respecto, mediante la Carta N° 0128-2021-MDSM/SG/FRAI/NEBH, notificada con correo electrónico de fecha 6 de agosto de 2021, la entidad refiere que la Información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores de la municipalidad es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública; en ese sentido, corresponde a la recurrente indicar el tipo de información que solicita para poder brindar los contenidos de

los correos electrónicos, al no ser de acceso la información relacionada con las excepciones contenidas en los artículo 15, 16 y 17 de la Ley de Transparencia.

Ante ello, la recurrente interpuso el recurso de apelación señalando que su solicitud fue desestimada, pese a que la información solicitada no está incurso en ninguna excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

En esa línea, la entidad con Oficio N° 0344-2021-MDSM/SG/FRAI, remite los actuados que se formaron para la atención de la solicitud materia de análisis; asimismo, remite sus descargos reiterando los argumentos antes descritos, añadiendo que se requirió a la recurrente pueda indicar el tipo de información que solicita para poder brindar los contenidos de los correos electrónicos, los cual no implica que sea una denegatoria.

De lo expuesto, resulta necesario recordar lo previsto en el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado con Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁹, determina la procedencia de la subsanación de una solicitud acceso a la información pública cuando se incumpla, entre otros, con el siguiente requisito:

“d. Expresión concreta y precisa del pedido de información, así como cualquier otro dato que propicie la localización o facilite la búsqueda de la información solicitada; (...)” (Subrayado agregado)

En ese contexto, señala el referido artículo que la entidad tendrá como plazo máximo de dos (2) días hábiles de recibida la solicitud de acceso a la información pública para requerir al solicitante la subsanación de cualquier requisito, incluido la expresión concreta y precisa del pedido, transcurrido el cual, se entenderá por admitida; por tanto, al no haber acreditado de forma alguna el cumplimiento de lo señalado por la normativa, no resulta amparable lo señalado por la entidad, puesto que ya se había cumplido en exceso el plazo para poder solicitar la precisión del requerimiento al solicitante, quedando admitida la solicitud en sus propios términos.

Ahora bien, respecto la alegada carencia de precisión de la solicitud, es importante tener en cuenta lo establecido por la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública¹⁰, vigente al momento de presentarse la solicitud, en la cual se señala que toda persona encargada de la interpretación de dicha Ley, o de cualquier otro instrumento normativo que pueda afectar al derecho a la información, “(...) deberá adoptar la interpretación razonable que garantice la mayor efectividad de este derecho (...)”¹¹ debiendo, la autoridad pública que reciba una solicitud, “(...) realizar una interpretación razonable acerca del alcance y la naturaleza de la misma”¹²; asimismo establece que la autoridad pública tiene “(...) la obligación de asistir al solicitante en relación con su solicitud y de responder a ella en forma precisa y completa”¹³. (Subrayado agregado)

A mayor abundamiento, es oportuno tener en consideración lo expresado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04203-2012-PHD/TC en el que se señaló lo siguiente:

⁹ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

¹⁰ Aprobada por la Asamblea General de la OEA el 21 de octubre de 2020.

¹¹ Artículo 4, numeral 1.

¹² Artículo 13, numeral 1.

¹³ Artículo 13, numeral 2.

“(...)

Al respecto, cabe precisar que la emplazada no ha negado que dicha documentación exista; simple y llanamente ha argüido que lo requerido es impreciso. No obstante ello, este Colegiado considera que en la medida que lo solicitado hace referencia a ‘todos los documentos’, ello en modo alguno puede ser calificado como impreciso, puesto que no se le ha pedido que discierna qué documentos entregar y cuáles no sobre la base de algún criterio; muy por el contrario, se ha requerido que brinde copias fedateadas del íntegro de la información relacionada a un asunto en particular.

Pretender que, en el presente caso, el demandante especifique, puntual y concretamente, qué documentos son los que peticiona de antemano, resulta a todas luces irrazonable por una cuestión de asimetría informativa. Es la emplazada la que conoce qué documentos son los que se encuentran relacionados a si se efectuó tal comunicación, en la medida que los ha producido y custodia”. (Subrayado agregado).

En esa línea y tal como lo menciona la sentencia del Tribunal Constitucional, la entidad es quien conoce que documentos son los que se encuentran en su posesión y quien debe interpretar razonablemente el pedido para efectos de satisfacer el derecho de acceso a la información pública.

En tal sentido, es oportuno mencionar que para este colegiado el pedido de la recurrente resulta razonablemente comprensible, en los términos que ha sido señalado a través su solicitud, en el que requiere se le proporcione todo el contenido de los correos electrónicos enviados, recibidos, borrados, entre otros de los servidores públicos antes mencionados desde el inicio de su gestión hasta el 23 de julio del 2021.

Ahora bien, respecto a la información solicitada, cabe indicar que corresponde a la entidad aplicar el procedimiento establecido en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia establece en el que se establece que “La información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quién debe proporcionar la información solicitada. No es de acceso público la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.”

Así, de la lectura de la referida norma se advierte que la misma establece tres (3) aspectos relevantes respecto del procedimiento previo a la entrega de la información contenida en correos institucionales, conforme el siguiente detalle:

1. La naturaleza pública de la información se encuentra contenida en los correos electrónicos institucionales asignados a los funcionarios y servidores públicos;
2. El procedimiento para la atención de las solicitudes de acceso a la información pública contenida en correos electrónicos institucionales, requiere necesariamente dos acciones: i) que la solicitud de acceso de acceso a la información debe ponerse en conocimiento del funcionario titular de la cuenta de correo electrónico institucional, y; ii) que dicho funcionario

ponga a disposición de la entidad la información pública solicitada, para efectos de proceder a su entrega.

3. Se exceptúa del acceso a la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Transparencia.

En atención a lo descrito, es pertinente mencionar que atendiendo a que el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia ha establecido que previamente a la entrega de la información, la entidad debe poner en conocimiento de los titulares de las cuentas de correos electrónicos, el contenido de la referida solicitud, con el propósito que cada uno de ellos verifique que no exista información que pueda vulnerar su derecho a la intimidad.

En ese sentido, se advierte de autos que dicho procedimiento no fue realizado por la entidad, ya no existe evidencia indubitable de su realización en la cual se demuestre que se ha requerido a los titulares de las cuentas de correo electrónico realizar la verificación del contenido de sus correos electrónicos, para posteriormente proporcionar aquellos que no contengan datos protegidos por la excepción prevista en la Constitución Política del Perú y en la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que proceda conforme a lo dispuesto en el procedimiento contemplado en el numeral 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia antes detallado y, en su oportunidad, proceda a la entrega de la información pública requerida¹⁴, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

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.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años

Por los considerandos expuestos¹⁵ 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,

¹⁴ Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

¹⁵ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses;

SE RESUELVE:

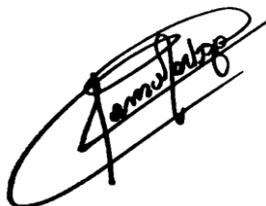
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **MAGALE ESTHER HUAYTA LOARTE**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS** que proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y, en su oportunidad, entregue la información pública solicitada por el recurrente conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **MAGALE ESTHER HUAYTA LOARTE**.

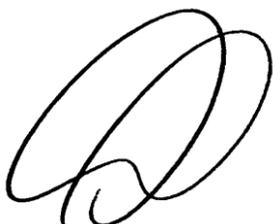
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MAGALE ESTHER HUAYTA LOARTE** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

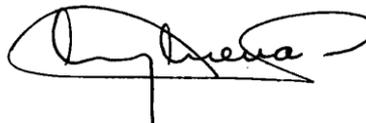
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal