



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 000694-2022-JUS_TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00454-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **LOCALES AT S.A.C**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VENTANILLA**
Sumilla : Declara fundado en parte el recurso de apelación

Miraflores, 29 de marzo de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 00454-2022-JUS/TTAIP de fecha 24 de febrero de 2022, interpuesto por **LOCALES AT S.A.C**¹ contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VENTANILLA** con fecha 20 de enero de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 20 de enero de 2022, la recurrente solicitó a la entidad que le envíe por correo electrónico la siguiente información: *“Enviar copia del dispositivo legal² y precisar en qué artículos establece explícitamente³ las razones por las que en el Lote 16 Mz. N Proyecto Piloto Nuevo Pachacútec Sector D G.R D2, Ventanilla; no se podría tramitar una licencia de funcionamiento por alguno de estos giros: Casa de Juegos Azar y Apuestas, Venta de Boletos de Lotería, Juegos de azar y apuesta, Apuestas Deportivas u otros relacionados al giro apuestas. Asimismo, señalar y precisar que tipo de zonificación corresponde a la dirección señalada en el párrafo anterior⁴”.*

Con fecha 24 de febrero de 2022, al no mediar respuesta a la solicitud, la recurrente consideró denegada la información y en aplicación del silencio administrativo negativo, presentó a esta instancia el recurso de apelación materia de análisis.

Mediante la Resolución N° 00542-2022-JUS_TTAIP-PRIMERA SALA de fecha 15 de marzo de 2022 se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio y se requirió a la entidad remitir el expediente administrativo y la formulación de sus descargos⁵, los

¹ Representada por JUAN ARTURO HUASASQUICHE GUISAZOLA

² En adelante, ítem 1.

³ En adelante, ítem 2.

⁴ En adelante, ítem 3.

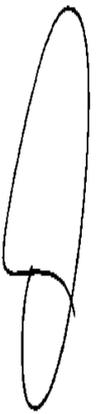
⁵ Notificada mediante la Cédula de Notificación N° 002219-2022-JUS/TTAIP, a través de la mesa de partes virtual de la entidad <http://190.116.26.93:2171/mdv-tramite/>, el 16 de marzo de 2022, con acuse de recibo de la misma fecha; conforme a la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta 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



cuales fueron presentados con fecha 22 de marzo de 2022 mediante Oficio N° 31-2022-MDV/SG señalando que a la fecha la solicitud esta siendo atendida por la Gerencia de Desarrollo Económico; asimismo, adjunta el Memorando N° 97-2022/MDV-SG de fecha 26 de enero de 2022 mediante el cual se requirió la información a la Gerencia de Asentamientos Humanos, y el Memorando N° 88-2022/MDV-GAH mediante el cual dicha área informa no ser competente para conocer la información requerida.

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-JUS⁶, 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 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.



Finalmente, el sexto párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia señala que la 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.

2.1. Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada es pública y en consecuencia corresponde su entrega.

del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁶ En adelante, Ley de Transparencia.

2.2. Evaluación

De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que recoge el principio de publicidad, toda la información que posea el Estado se presume pública y, por ende, la entidad está obligada a entregarla, salvo que esta se encuentre comprendida en las excepciones mencionadas en dicha norma.

En ese marco, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración Pública, salvo las limitaciones expresamente indicadas en la ley.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional señaló 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”*.

Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional precisó 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).

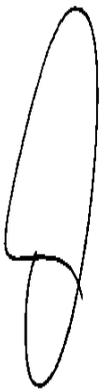
Con relación a los gobiernos locales, es pertinente señalar que el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades indica que: *“La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente 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 (...); y el artículo 118 de la referida ley indica 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 agregado)*

Siendo ello así, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de los gobiernos locales, de modo que la documentación que la entidad posea,

administre o haya 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.



En el presente caso, de la solicitud de acceso a la información pública, se observa que la recurrente solicitó “Enviar copia del dispositivo legal y precisar en qué artículos establece explícitamente las razones por las que en el Lote 16 Mz. N Proyecto Piloto Nuevo Pachacútec Sector D G.R D2, Ventanilla; no se podría tramitar una licencia de funcionamiento por alguno de estos giros: Casa de Juegos Azar y Apuestas, Venta de Boletos de Lotería, Juegos de azar y apuesta, Apuestas Deportivas u otros relacionados al giro apuestas. Asimismo, señalar y precisar qué tipo de zonificación corresponde a la dirección señalada en el párrafo anterior”; y la entidad no atendió la solicitud, por lo que en aplicación del silencio administrativo negativo la recurrente presentó el recurso de apelación materia de análisis. Posteriormente en sus descargos la entidad señaló que la solicitud estaba siendo atendida por la Gerencia de Desarrollo Económico.



En relación al extremo de la solicitud que requiere copia del dispositivo legal referido a licencias de funcionamiento de los giros: Casa de Juegos Azar y Apuestas, Venta de Boletos de Lotería, Juegos de azar y apuesta, Apuestas Deportivas u otros relacionados al giro apuestas; cabe señalar que la entidad no cuestiona la publicidad de dicha información, no ha negado su posesión, ni expone causal de excepción alguna establecida en la Ley de Transparencia que limite su entrega, por lo que la Presunción de Publicidad que recae sobre aquella se mantiene vigente al no haber sido desvirtuada. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que se requiere el acceso a una norma legal, la cual tiene carácter público de acuerdo al artículo 51 de la Constitución Política del Perú, según el cual “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”, por lo que cada una de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico son públicas, y deben ser otorgadas.



Asimismo, es pertinente indicar que de acuerdo al numeral 51.3 del artículo 51 del Reglamento de Organización y Funciones⁷ de la entidad, la Gerencia de Desarrollo Económico es el área encargada de “Formular y proponer al gerente Municipal las normas y políticas municipales para la promoción, incentivos y regulación de las actividades económicas y productivas en el distrito, otorgamiento de autorizaciones municipales y licencias de funcionamiento a establecimientos comerciales, industriales y/o de servicios, acorde con la legislación nacional, provincial y Municipal vigente” (subrayado agregado); desprendiéndose de ello que la Gerencia de Desarrollo Económico es competente para conocer la información referida a los giros de negocios autorizados, y la entidad indica que la solicitud viene siendo atendida por dicha área, no obstante no remite documentación alguna que evidencie el requerimiento de la información al área mencionada o la respuesta que aquella haya podido brindar sobre la solicitud, gestiones que además no han sido comunicadas al recurrente.

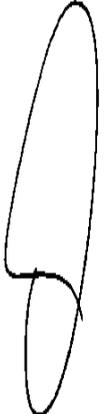
Asimismo, en relación al requerimiento para que se señale y precise a que tipo de zonificación corresponde el Lote 16 Mz. N Proyecto Piloto Nuevo Pachacútec Sector D G.R D2, Ventanilla, el numeral 9.1 del artículo 9 del ROF de la entidad



establece como una de sus competencias la “Organización del espacio físico – uso del suelo”, el numeral 46.5 del artículo Art 46. Establece que a la Gerencia de Desarrollo Urbano le corresponde “Proponer las políticas de desarrollo urbano, dentro de las previsiones del Plan de Desarrollo Concertado, planes de zonificación y planes de acondicionamiento territorial provincial del Callao”.

Asimismo el numeral 48.7 y 48.8 del artículo 48 de dicha norma establecen que la Subgerencia de Catastro y Planeamiento Urbano tiene entre sus funciones: “Evaluar y formular medidas para la permanente actualización de los planes urbanos, zonificación, sistema vial, acondicionamiento territorial” y “Evaluar e informar sobre las solicitudes de cambios de zonificación y uso de suelo, así como proponer el cambio de zonificación de los sectores consolidados del distrito” (subrayado agregado).

Conforme a las normas detalladas, se establece que determinar las medidas de zonificación y uso del suelo del distrito de Ventanilla es función propia de la entidad, por lo que la documentación que establezca la zonificación de la dirección señalada por el recurrente es información con la que debe contar en el marco de sus competencias.



Cabe agregar que conforme al mencionado sexto párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia: “*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*”, y sobre el particular, el Precedente de Observancia Obligatoria emitido por este Tribunal con la Resolución N° 010300772020 de fecha 28 de enero de 2020 indica:

“(…) constituye precedente administrativo de observancia obligatoria lo siguiente: *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 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. 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 agregado)

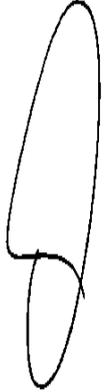


Siendo esto así, las entidades deben agotar la búsqueda de la información, requiriendo y recabando la misma de las áreas competentes para poseerla, a fin de brindar una respuesta clara y precisa al recurrente, razón por la cual corresponde amparar este extremo del recurso de apelación a fin que la entidad otorgue la información requerida en la forma solicitada, o caso contrario informe de manera fundamentada su inexistencia.

En relación al extremo de la solicitud que requiere “precisar en qué artículos establece explícitamente las razones por las que en el Lote 16 Mz. N Proyecto Piloto Nuevo Pachacútec Sector D G.R D2, Ventanilla; no se podría tramitar una licencia de funcionamiento por alguno de estos giros: Casa de Juegos Azar y Apuestas, Venta de Boletos de Lotería, Juegos de azar y apuesta, Apuestas Deportivas u otros relacionados al giro apuestas”. Asimismo, señalar y precisar



qué tipo de zonificación corresponde a la dirección señalada en el párrafo anterior”, (subrayado agregado); cabe señalar que, si bien en aplicación del principio de informalismo establecido en el numeral 1.6 del artículo IV de la Ley N° 27444⁸, se admitió el recurso de apelación en este extremo por existir un aparente derecho de la recurrente respecto al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, al reevaluar los actuados del expediente se advierte que lo requerido es una consulta sobre las materias a cargo de la entidad.



Al respecto, cabe señalar que el artículo 117 de la Ley N° 27444, define al derecho de petición administrativa, consagrado en el inciso 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, como la facultad que tiene toda persona para presentar solicitudes, pedir información y formular consultas⁹, así como la obligación que tiene la entidad de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal. En esa línea, teniendo en cuenta que la solicitud materia del recurso de apelación tiene por objeto la atención de la consulta planteada sobre qué artículos de la norma prohíben explícitamente determinado giro de negocio, es oportuno señalar que el numeral 122.1 del artículo 122 de la Ley N° 27444, señala que “el derecho de petición incluye las consultas por escrito a las autoridades administrativas, sobre las materias a su cargo y el sentido de la normativa vigente que comprende su accionar, particularmente aquella emitida por la propia entidad. Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal”. (subrayado agregado)

Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló en el literal e) del Fundamento 2.2.1 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA/TC, que “(…) la petición prevista en el artículo 111° de la Ley N° 27444 está destinada a obtener una colaboración instructiva acerca de las funciones y competencias administrativas o sobre los alcances y contenidos de la normatividad o reglamentos técnicos aplicables al peticionante. Con ello se consigue eliminar cualquier resquicio de duda o incertidumbre en torno a la relación administración-administrado”. (subrayado agregado)

De otro lado, el numeral 117.1 del artículo 117 de la Ley N° 27444 establece que “cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición (...)”.



Siendo ello así, se advierte que la recurrente mediante su solicitud ha realizado una consulta de carácter técnico legal a la entidad, vinculada a sus funciones, referida al sustento legal de la prohibición del funcionamiento de casas de juegos de azar y apuestas, de venta de boletos de lotería, juegos de azar y apuesta, apuestas deportivas u otros relacionados al giro de apuestas, en una determinada zona del distrito de Ventanilla, apreciándose que dicho requerimiento no corresponde al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, sino que constituye el ejercicio del derecho de petición, en la modalidad de formulación de consultas, prevista en el numeral 122.1 del artículo 122 de la Ley N° 27444.

⁸ Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1.6. Principio de informalismo. - Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

⁹ Artículo 117.2.- El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia



El literal 93.1 del artículo 93 de la Ley N° 27444 establece que el órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado, por lo que se desestima este extremo del recurso de apelación al no corresponder al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, debiendo remitir el expediente a la entidad, a fin que proceda a dar atención a lo requerido, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 122.1 del artículo 122 de la Ley N° 27444.



En consecuencia, corresponde declarar fundado en parte el recurso de apelación en los extremos del requerimiento de copia del dispositivo legal referido a licencias de funcionamiento de los giros: casa de juegos azar y apuestas, venta de boletos de lotería, juegos de azar y apuesta, apuestas deportivas u otros relacionados al giro apuestas (ítem 1), y a la zonificación a la que corresponde la dirección indicada en la solicitud (ítem 3), disponiendo que la entidad entregue la información en la forma solicitada, o caso contrario informe de manera fundamentada su inexistencia; e improcedente respecto del extremo que solicita precisar los artículos del dispositivo legal que sustenta la prohibición de funcionamiento de los giros de negocio mencionados (ítem 2), por corresponder al ejercicio del derecho de petición en la modalidad de petición consultiva.

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.

De conformidad con lo previsto 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 en parte el recurso de apelación presentado por **LOCALES AT S.A.C.**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VENTANILLA** que entregue la información pública requerida mediante los ítems 1 y 3 de la solicitud o informe su inexistencia, 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 VENTANILLA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de la información solicitada a **LOCALES AT S.A.C.**

Artículo 3.- DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación presentado por **LOCALES AT S.A.C.** respecto del requerimiento contenido en el ítem 2 de la solicitud, por corresponder al ejercicio del derecho de petición, encargando a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública remitir a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VENTANILLA** la documentación materia del presente expediente, para su conocimiento y fines pertinentes, de acuerdo a su competencia.

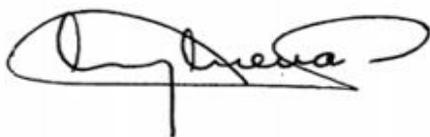
Artículo 4.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 5.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **LOCALES AT S.A.C** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VENTANILLA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

Artículo 6.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: mmmm/micr