



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 002465-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02199-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **GUILLERMO ROBERTO KEIL MONTOYA**
Entidad : **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación.

Miraflores, 23 de noviembre de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 02199-2021-JUS/TTAIP de fecha 19 de octubre de 2021, interpuesto por **GUILLERMO ROBERTO KEIL MONTOYA** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** con fecha 23 setiembre de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 23 de setiembre de 2021, a través de la Carta N° 015-2021-RKM, el recurrente solicitó a la entidad que le envíe por correo electrónico la siguiente información:

“(…)

Solicitamos la siguiente información:

1. *Copia del Informe Inicial (Hoja Informativa N° 2021-SMV/OCI) y Anexos, emitido por el órgano de control institucional (OCI) de la Superintendencia de Mercado y Valores de fecha 24.05.2021, relacionado con la Atención de Denuncia conforme al SINAD (Directiva 009-2020-CG/GCSD), planteada por el suscrito (Carta de fecha 10.08.2020, recibida el 14.08.2020; que dio lugar al Exp. N° 2020028753), en el que se identifica un hecho irregular y en tal medida, con la finalidad de garantizar el debido procedimiento en la evaluación de la denuncia presentada, se recomienda que la evaluación preliminar efectuada por el OCI de la SMV, se eleve a la Gerencia de Control Social y Denuncias de la Contraloría General de la República para fines de su evaluación preparatoria, con la finalidad de confirmar los resultados y conclusiones planteadas.¹*
2. *(…) Copia fedateada del Informe de Control Específico N° 011-2020-2-004-SCE y Anexos “Servicio de Control Específico a Hechos con Presunta Irregularidad a Superintendencia del Mercado de Valores” – “Pago de Beneficios Económicos a*

¹ En adelante, ítem 1

Supremo N° 164-2020-PCM, razón por la cual ha operado la sustracción de la materia.

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.

En este marco, 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-JUS⁸ 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.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la respuesta otorgada por la entidad se encuentra acorde a la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

En concordancia con el mencionado numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el principio de publicidad contemplado en el artículo 3 de la Ley de Transparencia, señala que 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.



Además, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, señaló que:

“[...] la información pública debe hacerse pública no sólo cuando una persona lo solicite, sino que la Administración Pública tiene el deber de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información, así no lo sea solicitada, salvo el caso de las excepciones permitidas constitucionalmente y especificadas estrictamente en la ley de desarrollo constitucional de este derecho fundamental.” (subrayado agregado)

De allí que, el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución Política del Perú y desarrollado a nivel legal, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a

⁸ En adelante, Ley de Transparencia.

la información en poder de la Administración Pública, salvo que su ley de desarrollo constitucional, la Ley de Transparencia, indique lo contrario.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC que *“la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción”*.

Esto implica que, para justificar adecuadamente dicha negativa y, en consecuencia, desvirtuar el principio de máxima divulgación o publicidad que rige sobre toda la información que la entidad haya creado, obtenido o que se encuentre en su posesión o bajo su control, la Administración Pública tiene la obligación de brindar una *“motivación cualificada”*, como señaló el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC:

“6. Al no haberse fundamentado aunque sea mínimamente, las razones por las cuales el derecho a la privacidad de don Humberto Elías Rossi Salinas justificaría que dicha información se mantenga en reserva, es evidente que el proceder del ad quem ha sido arbitrario más aún si se tiene en consideración en virtud del mencionado principio de máxima divulgación, que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas”.
(subrayado agregado)

En ese sentido, de las normas y los pronunciamientos expuestos por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública, entre las que se incluyen a los gobiernos locales, 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 un deber de las entidades acreditar dicha condición debido a que poseen la carga de la prueba.

Asimismo, 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 presente caso se aprecia que el recurrente solicitó se le envíe por correo electrónico la información detallada en los antecedentes de la presente resolución, y la entidad no atendió la solicitud. Posteriormente, en sus descargos la entidad señala que recabó la información solicitada del Órgano de Control Institucional de la Superintendencia de Mercado de Valores y el Archivo Central, y que con fecha 19 de noviembre de 2021 brindó atención a la solicitud, remitiendo al correo electrónico del recurrente [REDACTED] la siguiente comunicación:

“Me dirijo a Ud. (...) en atención a la solicitud de acceso a la información pública (...) a través de la cual formuló seis (06) pedidos.



Pedido 1, de la revisión a este extremo de su solicitud, se aprecia que no se habría consignado el correlativo de la Hoja Informativa que Ud. solicita; sin embargo, atendiendo a la fecha de emisión de la Hoja Informativa, se advierte que esta estaría referida a la Hoja Informativa N° 05-2021-SMV/OCI, información que corresponde a trescientos setenta y dos (372) folios, incluyendo anexos. (Copia simple)

Pedido 2, la información solicitada corresponde a tres mil cien (3100) folios. (Copias simples y copias autenticadas)

Pedido 3, el Órgano de Control Institucional de la Superintendencia de Mercado de Valores ha informado que "(...) es necesario precisar que en referencia al Informe de Control Específico N° 011-2020-2-0004-SCE se consideró en los Apéndices N°s 41 y 42 lo siguiente: Detalle de Pagos de beneficios económicos a directivos superiores y servidores y empleados de confianza de la entidad y detalle de boletas de pagos de directivos superiores y servidores y/o empleados de confianza de la entidad, estando conformado por (5 folios)". (Copia autenticada)

Pedido 4, la información solicitada corresponde a un (01) folio. (Copia simple)

Pedido 5, el Plan de Acción comunicado por el Titular de la SMV a este OCI, las reprogramaciones del mismo y los actuados relacionados a éste por sus encargados, obran en (28 folios). (Copia simple)

Pedido 6, la información y/o documentación alcanzada por la Procuraduría Pública Especializada en Materia de Hacienda Pública obra en (14 folios). (Copia simple)



Para la entrega de la información solicitada respecto de su **pedido 2 y 3**, en copias autenticadas y simples, respecto del cuerpo de informe de control y de los apéndices, cuya autenticación sea posible, y demás contenido del informe de control en copias simples, previamente Ud. debe abonar en la Cuenta Corriente N° 0000282758 del Banco de la Nación correspondiente a la Contraloría General de la República, la suma de S/ 352.00 (Trescientos cincuenta y dos soles con 00/100) por el costo de reproducción de la información solicitada en copias autenticadas y simples, según el Procedimiento Administrativo Estandarizado de Acceso a la Información Pública creada u obtenida por la entidad, que se encuentre en su posesión o bajo su control, aprobado por Decreto Supremo N° 164-2020-PCM, o abonar la suma indicada en las cajas institucionales (...).



Una vez hecho el pago, sírvase remitir copia legible del voucher de pago bancario a las direcciones de correo electrónico ryufra@contraloria.gob.pe o milagrosb@contraloria.gob.pe, luego de lo cual, se procederá a practicar la disociación respectiva de los datos personales que pudieran estar contenidos en los documentos por entregar, así como su autenticación, y se le comunicará la fecha para su recojo en la Mesa de Partes de la Subgerencia de Gestión Documentaria de esta Entidad Fiscalizadora Superior, sito en Jirón Camilo Carrillo N° 114, Jesús María, Lima."

De lo anterior se aprecia que la entidad no ha negado la publicidad ni la posesión de la información, por el contrario, ha señalado haber puesto a disposición del recurrente la información requerida, indicando que a través de la comunicación remitida al correo electrónico del recurrente [REDACTED], envió la liquidación del costo de reproducción equivalente a la suma de S/ 352.00 (Trescientos cincuenta y dos soles con 00/100), por un total de 3,552 folios, según el mencionado procedimiento administrativo estandarizado, señalando

además que recibió “del sistema de correo Outlook, **acuse electrónico de recepción, el 19/11/2021, del correo enviado**”



En efecto, de la lectura del correo mencionado, se aprecia que la entidad comunica la liquidación del costo de reproducción de la información en aplicación de la norma antes citada, poniéndola a disposición del recurrente; sin embargo, no obra en autos el acuse de recibo electrónico que menciona la entidad haber recibido.

Respecto de las comunicaciones cursadas vía correo electrónico, que el numeral 20.4 del artículo 20 de Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁹, establece que:

“20.4 El administrado interesado o afectado por el acto que hubiera consignado en su escrito alguna dirección electrónica que conste en el expediente puede ser notificado a través de ese medio siempre que haya dado su autorización expresa para ello. Para este caso no es de aplicación el orden de prelación dispuesto en el numeral 20.1.



La notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando la entidad reciba la respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado. La notificación surte efectos el día que conste haber sido recibida, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 25.

En caso de no recibirse respuesta automática de recepción en un plazo máximo de dos (2) días útiles contados desde el día siguiente de efectuado el acto de notificación vía correo electrónico, se procede a notificar por cédula conforme al inciso 20.1.1 (...)” (subrayado agregado).



Siendo ello así, si bien obra en autos copia del correo electrónico de fecha 19 de noviembre de 2021, remitido a las 12:14 horas al correo consignado en la solicitud de acceso a la información pública; no consta en autos documentación que acredite la confirmación de recepción de dicho mensaje electrónico por parte del recurrente, o una respuesta automática emitida por un sistema informatizado o el servidor del correo electrónico institucional de confirmación de envío, conforme lo exige el numeral 20.4 artículo 20 de la Ley N° 27444 antes citado, por lo que, al no existir evidencia indubitable de su entrega, no es posible tener por bien notificado al recurrente con la respuesta a su solicitud de información, por lo que no opera la sustracción de la materia alegada por la entidad, correspondiendo amparar el recurso de apelación y disponer que aquella acredite la entrega de la información requerida.

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

⁹ En adelante, Ley N° 27444

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.

El señor Ulises Zamora Barboza, Vocal del Tribunal, presentó abstención para participar en la resolución del presente caso, solicitud que fue declarada fundada mediante la Resolución N° 002436-2021-JUS_TTAIP-PRIMERA SALA de fecha 17 de noviembre de 2021;

Por los considerandos expuestos¹⁰ 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, y el artículo 10-A.5 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2017-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **GUILLERMO ROBERTO KEIL MONTOYA**, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** acredite la puesta a disposición de la información solicitada, a través de la comunicación del costo de reproducción, conforme a los considerandos 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 **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles acredite a esta instancia el cumplimiento de la presente resolución.

Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **GUILLERMO ROBERTO KEIL MONTOYA** y a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes citada.

¹⁰ 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.

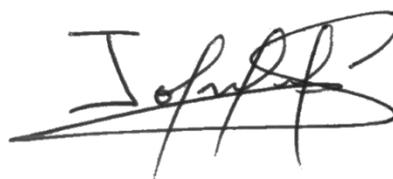
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

vp: mmmm/micr