Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 002425-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente	:	02132-2021-JUS/TTAIP
Recurrente	:	**PACO ANIBAL TOLEDO YALLICO**
Entidad	:	**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**
Sumilla	:	Declara fundado en parte recurso de apelación

Miraflores, 19 de noviembre de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 02132-2021-JUS/TTAIP de fecha 12 de octubre de 2021[1], interpuesto por **PACO ANIBAL TOLEDO YALLICO** contra el correo electrónico de fecha 17 de setiembre de 2021 mediante el cual la **CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA** habría denegado su solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 6 de setiembre de 2021 mediante Registro N° 08-2021-67184.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 6 de setiembre de 2021 el recurrente solicitó a la entidad copia fedateada o autenticada de los siguientes documentos, incluyendo sus anexos o adjuntos, proveídos u observaciones, respecto de los siguientes documentos registrados en el sistema de gestión documentarla (SGD) en el que se hubieren generado:

1. Memorando Nº 001210-2020-CG/SGE.
2. Memorando Nº 000523-2020-CG/SGE.
3. Memorando N00º 000463-2021-CG/SGE
4. Proveído Nº 000501-2020-CG/SGE
5. Proveído Nº 000554-2020-CG/SGE

Mediante correo electrónico de fecha 17 de setiembre de 2021, la entidad remitió al recurrente copia simple de parte de la documentación requerida, debido a que conforme al numeral 8.3.3 de la Directiva N° 016-2020-CG/DOC, Régimen de Fedatarios de la Contraloría General de la República, constituye una prohibición de los fedatarios autenticar documentos electrónicos. Asimismo, denegó la entrega de los documentos referenciados en el Memorando N° 1210-2020-CG/SGE, como son las Hojas Informativas N°s 000394 y 0000395-2020-CG/GJN, y los anexos, adjuntos u observaciones de los Proveídos N° 000501-2020-CG/SGE (Hoja Informativa N° 123-2020) y 000554-2020-CG/SGE (Informe Legal del Estudio Jurídico Vinatea y Toyama), alegando la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, en el entendido que la publicidad de dichos informes puede revelar su estrategia en los procedimientos administrativos en trámite respecto de otros

[1] Recurso impugnatorio remitido por la entidad a esta instancia mediante Oficio N° 000151-2021-CG/INAIP.

colaboradores, al contener informes sobre consultas de carácter técnico y jurídico respecto de su política remunerativa para adoptar decisiones de gestión institucional que causan efectos sobre los trabajadores.

Con fecha 7 de octubre de 2021 el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, al considerar denegada su solicitud en el entendido que la entidad no entregó las copias fedateadas o autenticadas, y que no había acreditado la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia sobre los documentos no entregados.

Mediante la Resolución 002286-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[2] de fecha 5 de noviembre de 2021 se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada así como la formulación de sus descargos, los cuales fueron ingresados a esta instancia mediante escrito presentado con fecha 18 de noviembre de 2021, reiterando que entregó la información solicitada por el recurrente en copia simple debido a la prohibición institucional de fedatear o certificar documentos electrónicos, por lo que las copias simples de este tipo de documentos tienen la misma validez que un documento original.

Alega que no hay regulación sobre la certificación de documentos electrónicos y que de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, aprobado por Decreto Supremo Nº 052-2008-PCM, los documentos electrónicos firmados digitalmente dentro del marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE) deben ser admitidos en los procesos judiciales o procedimientos administrativos, añadiendo que la comprobación de la validez de un documento firmado digitalmente se realiza en un ambiente electrónico aplicando el Software de Verificación de la firma digital.

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, exceptuando las 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-JUS[3], 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.

Asimismo, el artículo 10 de la citada norma 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.

Cabe anotar que el artículo 13 de la Ley de Transparencia, modificada por el Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección

[2] Resolución notificada a la entidad el 12 de noviembre de 2021.
[3] En adelante, Ley de Transparencia.

de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses[4], refiere que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones previstas por los artículos 15 a 17 de la mencionada ley.

Agrega el quinto párrafo del referido artículo 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 (…)"*.

De otro lado, el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información 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; agrega dicha norma que esta excepción termina al concluir el proceso.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la entrega en copia simple de parte de la información solicitada, y la denegatoria del resto de documentos se encuentra debidamente sustentada por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Al respecto, conforme con lo dispuesto por las citadas normas y en aplicación del Principio de Publicidad, toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública contenida en documentos escritos o en cualquier otro formato es de acceso público, por lo que las restricciones o excepciones injustificadas a su divulgación menoscaban el derecho fundamental de toda persona al acceso a la información pública.

Con relación a dicho principio, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que *"De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas".*

Por otro lado, en el último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, dicho colegiado ha señalado que corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano, debido a que posee la carga de la prueba:

"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 nuestro).

[4] En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

En el presente caso, se tiene que el recurrente solicitó a la entidad diversos documentos que se encuentran en posesión de la entidad, tal como ha sido admitido por dicha autoridad, encontrándose en discusión la forma de entrega en copia simple y no fedateadas, y la acreditación del supuesto de excepción previsto por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

- **Respecto a la forma de entrega.-**

  Conforme se aprecia de autos, el recurrente solicitó a la entidad, la entrega de la información solicitada en copia fedateada o autenticada, siendo que la entidad remitió al solicitante parte de la documentación requerida en copia simple, alegando la prohibición de sus fedatarios de certificar documentos digitales.

  Sobre el particular, el artículo 127 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, señala en su numeral 2, que *"El fedatario tiene como labor personalísima, comprobar y autenticar, previo cotejo entre el original que exhibe el administrado y la copia presentada, la fidelidad del contenido de esta última para su empleo en los procedimientos de la entidad, cuando en la actuación administrativa sea exigida la agregación de los documentos o el administrado desee agregados como prueba. También pueden, a pedido de los administrados, certificar firmas previa verificación de la identidad del suscriptor, para las actuaciones administrativas concretas en que sea necesario."*

  Asimismo, el numeral 30.3 del artículo 30 del referido texto señala que "*Los actos administrativos realizados a través del medio electrónico, poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios físicos tradicionales. Las firmas digitales y documentos generados y procesados a través de tecnologías y medios electrónicos, siguiendo los procedimientos definidos por la autoridad administrativa, tendrán la misma validez legal que los documentos manuscritos."*

  A su vez, el artículo 3 de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, señala que la *"La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada."*

  Respecto a la validez de los documentos electrónicos, el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, señala que los documentos electrónicos firmados digitalmente deben ser admitidos en los procesos judiciales o procedimientos administrativos, añadiendo que la comprobación de la validez de un documento firmado digitalmente se realiza en un ambiente electrónico aplicando el Software de Verificación de la firma digital. Añade el numeral 35.2 del artículo 35° del Reglamento de la Ley de Gobierno Digital, aprobado por Decreto Supremo Nº 029-2021-PCM, que el documento electrónico tiene el mismo valor legal que aquellos documentos en soporte papel, de conformidad con lo establecido en el numeral 30.3 del artículo 30 de la Ley Nº 27444.

  Ahora bien, en el presente caso el recurrente insiste en la entrega de documentos fedateados, sin embargo, conforme a las normas antes referidas, la función de los fedatarios es certificar la fehaciencia de un documento físico

original con una copia, entendiéndose que para ello se requiere un documento escrito con firma manuscrita realizado en soporte de papel.

En tal sentido, siendo que los documentos electrónicos no se generan en soportes físicos o en *"papel"*, sino que se emiten a partir de un sistema informatizado compuesto por determinados algoritmos de seguridad y registro, resulta evidente que no estamos ante un escenario posible de fedateo, pues precisamente la generación de un documento electrónico, con firma digital incluida, es distinta a la elaboración de un documento físico, por que no resulta posible la certificación del mismo por parte de un fedatario institucional, más allá de la prohibición establecida por las normas internas de la entidad.

Cabe anotar que la expedición de una copia fedateada de un documento esta orientada a la certificación de su veracidad, debiendo tenerse presente que, en el caso de los documentos electrónicos con firma digital, esta validación o comprobación se realiza en un ambiente electrónico aplicando el respectivo software de verificación de la firma digital, que en el caso de la Contraloría General de la República, se puede realizar en la siguiente dirección electrónica: https://verificadoc.contraloria.gob.pe/verificadoc/inicio.do?utm_source=gobpee&utm_medium=otsverificarfirma&utm_campaign=homegobpe

En consecuencia, no resulta atendible la apelación formulada por el recurrente, respecto al fedateo de aquellos documentos generados electrónicamente o mediante reportes emitidos por sistemas computarizados, debiendo precisar que no ocurre lo mismo con cualquier otro documento complementario que haya sido generado de forma física o sobre soporte de papel.

- **Respecto a la acreditación del supuesto de excepción previsto por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.-**

Con relación a la aplicación de las excepciones, el Tribunal Constitucional ha establecido que no basta que una declaración de confidencialidad se legitime por la sola definición contenida en una ley, sino que es necesario analizar su trascendencia y finalidad práctica en la realidad, conforme se desprende del Fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC: *"Evidentemente, no es constitucionalmente tolerable que una declaración de confidencialidad se legitime por el sólo hecho de ampararse en la ley. Los derechos constitucionales, como lo eran en el Estado legal de derecho, no valen en el ámbito de las leyes, sino a la inversa: las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales; de manera que, si a través de una ley se limita el ejercicio de un derecho fundamental, tal restricción necesariamente debe sustentarse en un fin constitucionalmente valioso, además de presentarse como*

una medida estrictamente necesaria y adecuada para conseguir lo que se persigue alcanzar." (subrayado nuestro).

A su vez, respecto a la excepción al derecho de acceso a la información pública invocada por la entidad, respecto al numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05549-2015-PHD/TC, lo siguiente:

"(…) A criterio de este Tribunal, dicho límite será entendido correctamente desde una interpretación tuitiva del derecho invocado, como corresponde ante solicitudes de información de documentación emitida o actuada al interior de procesos judiciales o arbitrajes en trámite, que en cada caso se señale y evalúe si lo solicitado, al ser entregado, revelaría la estrategia legal desarrollada por los letrados a cargo de la defensa de los intereses de las entidades públicas, pues la distinción casuística asegura que el ciudadano pueda fiscalizar el actuar del Estado."

En ese sentido, el supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia exige el cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos:

1. La existencia de cierta información que haya sido creada o se encuentre en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis o 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 corresponda a una estrategia de defensa de la entidad; y,
4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

Así, para que cierta información sea considerada confidencial y se encuentre amparada por el citado supuesto de excepción, es necesario que los referidos requisitos sean cumplidos de manera concurrente.

Ahora bien, en el presente caso, la entidad ha denegado la entrega de las Hojas Informativas N°s 000394 y 0000395-2020-CG/GJN, y los anexos, adjuntos u observaciones de los Proveídos N° 000501-2020-CG/SGE (Hoja Informativa N° 123-2020) y 000554-2020-CG/SGE (Informe Legal del Estudio Jurídico Vinatea y Toyama), alegando la excepción materia de análisis, sin embargo, ha omitido acreditar que la información contenida en dichos documentos corresponda a una estrategia de defensa de la entidad y la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia, mas aún si en los descargos formulados por la entidad, esta señala que tales documentos responden a consultas técnicas y jurídicas sobre su política remunerativa para adoptar decisiones de gestión institucional que causan efectos sobre los trabajadores, supuesto que no corresponde a la excepción alegada, más aún si el manejo de los recursos públicos, entre ellos los destinados al pago de remuneraciones de los servidores públicos, debe realizarse con absoluta transparencia.

En efecto, la excepción prevista por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia se circunscribe a la existencia de un procedimiento judicial o administrativo en trámite, y de ningún modo al diseño de políticas remunerativas de las entidades, por lo que al no haberse desvirtuado el principio de publicidad

ni acreditado el supuesto de excepción establecido en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el argumento de la entidad debe ser desestimado, debiendo ampararse este extremo del recurso de apelación materia de análisis.

De conformidad con los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

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 referida norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere dicha 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 dispuesto por el artículo 6 y el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por **PACO ANIBAL TOLEDO YALLICO** mediante Expediente N° 02132-2021; en consecuencia, **ORDENAR** a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** que entregue la información no remitida al recurrente, al no haberse acreditado la excepción prevista por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, y remita en copia fedateada aquella documentación que conforme a lo expuesto en la parte considerativa, resulta procedente su trámite de fedateo o certificación, según corresponda, 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 el cumplimiento de la presente resolución.

Artículo 3.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación en el extremo de entregar copia fedateada de los documentos electrónicos con firma digital comprendidos en la información solicitada por el recurrente.

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 **PACO ANIBAL TOLEDO YALLICO** y a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** de conformidad con lo dispuesto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes indicada.

<u>Artículo 6</u>.- 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

Vp:pch