



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 000229-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00103-2023-JUS/TTAIP
Impugnante : **JUAN CARLOS VERA ABREGU**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN BORJA**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 2 de febrero de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 00103-2023-JUS/TTAIP de fecha 12 de enero de 2023, interpuesto por **JUAN CARLOS VERA ABREGU**¹, contra la CARTA N° 1311-2022-MSB-SG de fecha 28 de diciembre de 2022, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN BORJA**² atendió su solicitud de acceso a la información presentada con fecha 30 de noviembre de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 30 de noviembre de 2022, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente requirió a la entidad se le proporcione la siguiente información:

*“(…)
SUMAS RECAUDADAS POR EL CONTRATO DE CONCESION CON AQUATICA
LABORATORIO DEPORTIVO S.A.C. “AQUALAB” RUC. 20501684091 POR LAS
PISCINAS MUNICIPALES DE SAN BORJA DESDE EL 20-01-2014 A
DICIEMBRE DEL 2022 con la empresa AQUALAB”. (sic)*

A través de la Carta N° 1311-2022-MSB-SG de fecha 28 de diciembre de 2022, la cual fue dirigida al recurrente, la entidad, en atención a su requerimiento de información, le comunicó lo siguiente:

*“(…)
2) Al respecto, la Gerencia de Gestión Social a través del Informe N° 070-2022-MSB-GM-GGS señala que: “(…) sobre los pagos que ha realizado AQUALAB sobre concesión de las piscinas de la Municipalidad, desde la fecha de concesión a noviembre de 2022. Sobre el particular, debemos señalar que, de acuerdo al Contrato de Concesión, cláusula décima DE LOS DERECHOS DEL CONCESIONARIO, ítem 10.1 a) recaudación de cobro de la tasa por el uso de las piscinas municipales:*

¹ En adelante, el recurrente.

² En adelante, la entidad.

PERIODO	CONCESIONARIO	MUNICIPALIDAD
ENERO/MARZO	70%	30%
ABRIL/DICIEMBRE	80%	20%

- 3) *Asimismo, la Gerencia de Gestión Social comunica que, se ha solicitado a la oficina de Administración y Finanzas el de la retención desde la fecha que se otorgó la concesión hasta noviembre de 2022”.*

El 12 de enero de 2023, el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando los siguientes argumentos:

“(…)

Por ser de interés público se solicitó mediante EXPEDIENTE 8806-2022 las copias de las SUMAS RECAUDADAS POR EL CONTRATO DE CONCESION CON AQUATICA LABORATORIO DEPORTIVO S.A.C. “AQUALAB” RUC. 20501684091 POR LAS PISCINAS MUNICIPALES DE SAN BORJA DESDE EL 20-01-2014 A DICIEMBRE DEL 2022 con la empresa AQUALAB, debía la concesionaria admitir y entregar dichos documentos bancarizados por estar obligado a ello como fiel cumplimiento en el proceso de adjudicación de la anotada concesión.

Ello por ser un bien municipal y por acceso a la información los contribuyentes de San Borja debemos acceder en mi calidad de vecino informado ejerzo mi derecho conforme al artículo 111 de la Ley de Municipalidades.

Se pretendió dar cumplimiento a la Ley de transparencia, otorgándome copia de un modelo de contrato de concesión y este fue remitido por correo electrónico el día 20-09-2022.

Cuyo mérito probatorio se presenta para que se declare fundada la apelación”.

Mediante la Resolución N° 000144-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA³ 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 descargos⁴, los cuales a la fecha de emisión de la presente resolución no han sido presentados.

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-JUS⁵, establece que toda información que posea el Estado se presume

³ Resolución de fecha 19 de enero de 2023, la cual fue notificada a la entidad a la Mesa de partes Virtual de la entidad: <https://facilita.gob.pe/t/2546>, el 20 de enero de 2023 a las 10:13 horas, generándose el Código de Solicitud jqjhd9v8, 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.

⁴ Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes Física y Virtual correspondiente al día de hoy.

⁵ En adelante, Ley de Transparencia.

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 del mismo texto señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Asimismo, precisa el referido artículo que, para los efectos de dicho cuerpo legal, 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 finalmente 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.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la entidad al atender la solicitud de acceso a la información pública presentada por la entidad procedió conforme lo establecido por 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:

“(…)

5. *La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos”.*

Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que consagra expresamente el Principio de Publicidad, establece que *“Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”*. Es decir, establece como regla general la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción.

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD/TC, ha señalado respecto del mencionado Principio de Publicidad lo siguiente:

“(…)

8. (...) *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*”.

Sobre el particular cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que:

“(…)

5. *De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.*” (subrayado agregado)

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:

“(…)

13. (...) *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 traer a colación lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades⁶, al señalar 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 (...)”* (subrayado nuestro), estableciendo de ese modo que uno de los principios rectores de la gestión municipal es el principio de transparencia.

Asimismo, la parte final del artículo 118 de la referida ley establece 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 nuestro).

⁶ En adelante, Ley N° 27972.

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 el recurrente requirió a la entidad se le proporcione la siguiente información:

“(…)
SUMAS RECAUDADAS POR EL CONTRATO DE CONCESION CON
AQUATICA LABORATORIO DEPORTIVO S.A.C. “AQUALAB” RUC.
20501684091 POR LAS PISCINAS MUNICIPALES DE SAN BORJA
DESDE EL 20-01-2014 A DICIEMBRE DEL 2022 con la empresa
AQUALAB”. (sic)

Al respecto, la entidad a través de la Carta N° 1311-2022-MSB-SG comunicó al recurrente que la Gerencia de Gestión Social a través del Informe N° 070-2022-MSB-GM-GGS señaló que, de acuerdo al contrato de concesión, cláusula décima de los derechos del concesionario, ítem 10.1 a) recaudación de cobro de la tasa por el uso de las piscinas municipales:

PERIODO	CONCESIONARIO	MUNICIPALIDAD
ENERO/MARZO	70%	30%
ABRIL/DICIEMBRE	80%	20%

Asimismo, la Gerencia de Gestión Social de la entidad, indicó al recurrente que solicitó a la Oficina de Administración y Finanzas el histórico de la retención desde la fecha que se otorgó la concesión hasta noviembre de 2022.

Ante ello, el recurrente interpuso el recurso de apelación alegando que la entidad debió entregarle los documentos bancarizados por estar obligado a ello en cumplimiento del proceso de adjudicación de la anotada concesión; más aún, si este es un bien municipal y por acceso a la información los contribuyentes de del distrito de San Borja debemos acceder en calidad de vecino; asimismo, el recurrente indicó que se pretendió dar cumplimiento a la Ley de transparencia, otorgándome copia de un modelo de contrato de concesión.

Ahora bien, en atención a lo expuesto, es importante tener en consideración que el derecho de acceso a la información pública no sólo implica el deber del Estado de publicitar sus actos promoviendo una cultura de transparencia conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley de Transparencia, sino que también genera la obligación de otorgar al solicitante información completa, clara, precisa y oportuna, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01797-2002-HD/TC, en el cual dicho Colegiado señaló lo siguiente:

- “(…)
16. (...) *el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines*

que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. **A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada.** De ahí que, si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, **en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa**". (subrayado y énfasis agregado)

En el mismo sentido, el referido colegiado señaló en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01410-2011-PHD/TC que:

"(...)

4. (...) el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la obligación de parte de los organismos públicos de **entregar la información solicitada**, sino que **ésta sea completa**, actualizada, **precisa** y verdadera. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, por el contrario, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, **incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa**" (subrayado y énfasis agregado).

De este modo, se concluye que, las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de brindar una respuesta clara y precisa a las solicitudes de acceso a la información pública, situación que debe relacionarse con la congruencia entre lo solicitado frente a la claridad y precisión de la respuesta, de manera tal que permita entender la adecuada provisión de la información requerida.

En ese contexto, se advierte de autos que, si bien la entidad a través de la Carta N° 1311-2022-MSB-SG comunicó al recurrente que la Gerencia de Gestión Social a través del Informe N° 070-2022-MSB-GM-GGS proporcionó los porcentajes de recaudación; asimismo, indicó que solicitó a la Oficina de Administración y Finanzas el histórico de la retención desde la fecha que se otorgó la concesión hasta noviembre de 2022.

En ese contexto, cabe señalar que la respuesta otorgada al recurrente es imprecisa, pues esta no atiende lo solicitado por el recurrente; más aún, cuando la entidad a través de la Gerencia de Gestión Social indicó que esta sería requerida la Oficina de Administración y Finanzas.

Siendo esto así, es preciso señalar que la entidad deberá proporcionar al recurrente la información pública requerida; o, de ser el caso, proporcionar una respuesta clara, precisa y completa sobre la posesión o generación de lo solicitado por el interesado, con el objeto de garantizar su derecho de acceso a la información pública y a obtener una respuesta motivada respecto de lo requerido.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, cabe la posibilidad de que eventualmente dicha documentación pueda contar con información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia. En cuanto a ello, de manera ilustrativa, con relación a la protección de información de naturaleza íntima, el Tribunal

Constitucional en los Fundamentos 6, 7, 8 y 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, analizó la entrega de la ficha personal de una servidora pública, documento que contiene información de carácter público como son los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas, así como datos de carácter privado, entre otros, los datos de individualización y contacto, siendo posible tachar éstos últimos y de esa forma garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

“(…)

6. De autos se advierte que la ficha personal requerida contiene tanto información de carácter privado como información de carácter público. En efecto, mientras que la información de carácter privado se refiere a datos de individualización y contacto del sujeto a quien pertenece la ficha personal; la información de carácter público contenida en el referido documento abarca datos que fueron relevantes para contratarla, tales como el área o sección en la que la persona ha desempeñado funciones en la Administración Pública; la modalidad contractual a través de la cual se le ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas.
7. No solamente no existe razón para limitar la entrega de información referida a las cualificaciones relevantes que fueron decisivas para la contratación de un empleado en la Administración Pública, sino que, hacerlo, desincentivar la participación ciudadana en la fiscalización de la idoneidad del personal que ingresa a ella.
8. Al respecto, no puede soslayarse que la ciudadanía tiene interés en contar con personal cualificado en la Administración Pública, por lo que impedirle el acceso a información relativa a las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en dicha Administración Pública, no tiene sentido. En todo caso, la sola existencia de información de carácter privado dentro de un documento donde también existe información de carácter público no justifica de ninguna manera negar, a rajatabla, su difusión.
9. Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo petitionado, previo pago del costo de reproducción”. (subrayado agregado)

En atención a lo expuesto, cabe destacar que en caso de existir en un documento información pública y privada, esta última debe separarse o tacharse a fin de facilitar la entrega de la información pública que forma parte del documento, ello acorde con el artículo 19⁷ de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado y ordenar a la entidad entregar al recurrente de la información requerida⁸, y de ser el caso, proporcionar una respuesta clara, precisa y completa respecto de la petición formulada en la solicitud, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

⁷ “Artículo 19.- Información parcial

En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento”.

⁸ 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.

Finalmente, 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 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 expuestos⁹ y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **JUAN CARLOS VERA ABREGU**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN BORJA** que proporcione al recurrente la información pública requerida; o, de ser el caso, otorgar una respuesta motivada, clara, precisa y completa respecto de la petición formulada, 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 BORJA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **JUAN CARLOS VERA ABREGU**.

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 **JUAN CARLOS VERA ABREGU** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN BORJA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

⁹ 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).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: uzb