



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 002005-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02034-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **LUZ JANET RODRÍGUEZ FLORES**
Entidad : **GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA - GERENCIA REGIONAL DE SALUD**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 2 de setiembre de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 02034-2022-JUS/TTAIP de fecha 11 de agosto de 2022, interpuesto por **LUZ JANET RODRÍGUEZ FLORES**¹, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA - GERENCIA REGIONAL DE SALUD**² el 13 de julio de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 13 de julio de 2022, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente indicó y solicitó a la entidad se le proporcione “(...) *copia autenticada de la información relacionado a los fondos recaudados d ellos descuentos por tardanzas (FOASES), a cargo del Comité de Administración de Fondo de Asistencia y Estímulo – CAFAE, conforme detallo a continuación:*

- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2017.*
- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2018.*
- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2019.*
- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2020.*
- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2021.*
- *Resolución de conformación del Comité de Administración del Fondo de Asistencia y Estímulo (CAF AE) vigente”.*

El 11 de agosto de 2022, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo por parte de la entidad, la recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis.

¹ En adelante, la recurrente.

² En adelante, la entidad.

Mediante la Resolución N° 001909-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA³ 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 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 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.

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 aprecia que la controversia radica en determinar si la información requerida por la recurrente constituye información pública; y, en consecuencia, corresponde su entrega.

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*

³ Resolución de fecha 17 de agosto de 2022, la cual fue notificada a la Mesa de Partes Virtual de la Entidad: http://sisgedo.regionmoquegua.gob.pe/mpv_grmqg/index.php, el 20 de agosto de 2022 a horas 11:58, 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.

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

⁵ En adelante, 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:

“(…)

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, 4 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)

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, que la recurrente indicó y solicitó a la entidad se le proporcione "(...) copia autenticada de la información relacionado a los fondos recaudados de ellos descuentos por tardanzas (FOASES), a cargo del Comité de Administración de Fondo de Asistencia y Estímulo – CAFAE, conforme detalle a continuación:

- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2017.*
- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2018.*
- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2019.*
- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2020.*
- *Estados financieros y notas explicativas por cada rubro año 2021.*
- *Resolución de conformación del Comité de Administración del Fondo de Asistencia y Estímulo (CAFAE) vigente".*

Por ello, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo por parte de la entidad, la recurrente, interpuso ante este colegiado el recurso de apelación materia de análisis.

Al respecto, habiéndose cumplido el plazo establecido en el literal b) del artículo 11 de la Ley de Transparencia para atender la solicitud de la recurrente, se advierte de autos que la entidad ha omitido indicar que no cuenta con la información requerida, no tiene la obligación de poseerla o, teniéndola en su poder, no acreditó la existencia de algún supuesto de excepción previsto en la Ley de Transparencia para su denegatoria, por lo que la Presunción de Publicidad respecto de la información solicitada se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada; a pesar que corresponde a las entidades la carga de la prueba respecto a las excepciones del derecho de acceso a la información pública requerida por los ciudadanos.

En atención a la información requerida por la recurrente, cabe señalar que, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de los gobiernos locales, de modo que la información que estas entidades posean, administren o hayan 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; por tanto, la información requerida es de acceso público.

Ello adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el primer párrafo del artículo 10 de la Ley de Transparencia precisa 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"; por ello, el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 09378-2013-PHD/TC y en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD,

el Tribunal Constitucional interpretó dicho artículo de la siguiente manera: “(...) Lo realmente trascendental a efectos de que pueda considerarse como ‘información pública’, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva”. (subrayado nuestro).

Asimismo, cabe precisar que en cuanto a los estados financieros, se tiene que tener en cuenta lo señalado por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, a través de la Opinión Consultiva N° 23-2019-JUS/DGTAIPD, en sus numerales del 9 al 17, refiere que la información referente a las cuentas bancarias de las entidades públicas no se encuentra protegida por el secreto bancario señalado en el numeral 2 del artículo 17 del TUO de la LTAIP, tal como se describe a continuación:

“(…)

9. *Uno de los supuestos de excepción es el regulado en el artículo 17 numeral 2 del TUO de la LTAIP, el cual señala que el derecho de acceso a la información no podrá ser ejercido respecto a la información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil.*
10. *Sobre el secreto bancario, el artículo 140 de la Ley N° 26806, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante SBS) establece que las empresas del sistema financiero, así como sus directores y trabajadores, tienen prohibido brindar información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los artículos 142 y 143, referidos a la información no comprendida dentro del secreto bancario y al levantamiento del secreto bancario, respectivamente.*
11. *Por su parte, el Tribunal Constitucional ha indicado que el secreto bancario es una manifestación del derecho a la intimidad de toda persona natural o jurídica, de derecho privado. Por lo tanto, y a diferencia de lo que sucede con la información pública, tratándose del conocimiento de información vinculada a la vida privada de una persona, “la regla es siempre el secreto o su confidencialidad, en tanto que su publicidad, la excepción”. Cabe mencionar que el Tribunal también ha señalado que todo derecho admite restricciones o limitaciones en lo referido a su contenido “no esencial”; en ese sentido, se contemplan posibles afectaciones al secreto bancario siempre que sirvan a fines constitucionalmente legítimos.*
12. *Respecto a la disposición de los fondos o recursos públicos, el Tribunal Constitucional ha señalado que es inobjetable que haya un interés de la ciudadanía inclusive ha precisado que conocer el tipo de decisiones que adoptan las agencias estatales y como se gastan los recursos públicos no es un tema indiferente a la opinión pública de una sociedad democrática.*
13. *Contrariamente, también el tribunal Constitucional ha expresado que nos encontramos ante información confidencial tutelada por el secreto bancario, en el caso de los movimientos financieros (destino uso y tipo de gasto) que una universidad realiza en el ejercicio de su derecho a la libertad de autoorganización en una entidad bancaria.*
14. *Ante criterios completamente contradictorios, cabe recurrir al tratamiento que otras legislaciones otorgan al tema de análisis. Así tenemos que en el ámbito regional, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha señalado que el secreto bancario y bursátil no puede ser utilizado como obstáculo para acceder a información de carácter público cuando se trata de fondos públicos. En ese sentido se señala que:*

“tal denegación de información resulta contraria a los principios constitucionales de transparencia y publicidad administrativas, por lo que al existir un límite constitucionalmente impuesto al secreto bursátil en materia de inversión y compromisos financieros de carácter público a futuro, esa negativa deviene a su vez en una violación al derecho de acceso a la información pública según se establece en el derecho de la Constitución. Esto resulta particularmente relevante en un contexto general que propende a brindar cada vez mayor protección al acceso a la información como una herramienta de particular utilidad para garantizar la transparencia de la actividad administrativa.

15. *Es claro que aun cuando lo resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica no es vinculante para nuestro país, sirve de parámetro para interpretar el alcance de este supuesto.*
16. *En virtud de ello, esta Dirección General considera que la información referente a las cuentas bancarias de las entidades públicas es de acceso a la ciudadanía debido a la naturaleza pública de sus fondos. En ese sentido, es información que no se encuentra protegida por el secreto bancario señalado en el artículo 17 numeral 2 del TUO de la LTAIP. Cabe mencionar que se podrá tener el acceso en tanto no contenga otra información que se encuentre dentro del marco de las demás excepciones señaladas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la LTAIP.*
17. *Finalmente, cabe precisar que las solicitudes de acceso pueden realizarse a las entidades señaladas en los artículos 2 y 8 del TUO de la LTAIP. En ese sentido, la solicitud para obtener información referente a las cuentas bancarias de una entidad pública, puede dirigirse a la entidad pública titular de la cuenta o a otra entidad pública que posea información, más no a una entidad bancaria privada”.* (subrayado agregado)

En ese sentido, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida⁶, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

Finalmente, en virtud de lo previsto por el artículo 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.

⁶ Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia que sean debidamente motivados y acreditados, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

De conformidad con lo dispuesto⁷ 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:

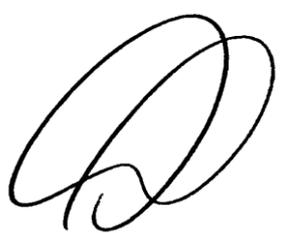
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **LUZ JANET RODRIGUEZ FLORES**; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA - GERENCIA REGIONAL DE SALUD** que entregue la información pública solicitada por la recurrente, conforme a los argumentos expuestos 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 al **GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA - GERENCIA REGIONAL DE SALUD** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **LUZ JANET RODRIGUEZ FLORES**.

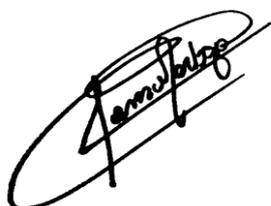
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **LUZ JANET RODRIGUEZ FLORES** y al **GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA - GERENCIA REGIONAL DE SALUD**, 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).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



ULISES ZAMORA BARBOZA
vp: uzb Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

⁷ 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.