



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 000095-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 03076-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **ÁNGELA PATRICIA GUTIÉRREZ PACHECO**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL EL ALGARROBAL**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 12 de enero de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 03076-2022-JUS/TTAIP de fecha 1 de diciembre de 2022, interpuesto por **ÁNGELA PATRICIA GUTIÉRREZ PACHECO** contra la respuesta contenida en la CARTA N° 49-2022-OGACYGD-MDEA, de fecha 16 de noviembre de 2022, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL EL ALGARROBAL**, atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 2 de noviembre de 2022, generándose el Expediente N° 86290-2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 2 de noviembre de 2022, la recurrente requirió a la entidad la remisión de copia fedateada de la siguiente información:

“(…) Solicito Copias fedatadas de:

- 1. Resolución de Alcaldía **Nro. 288-2022-A-MDEA** y sus anexos siguientes,*
- 2. Informe **Nro. 055-2022-PP/MDEA**, Informe **Nro. 331-2022-OGAJ/MDEA**;*

*Documentos que se encuentran en la oficina de secretaria general de Alcaldía de la MDEA y en todo caso se requiera a las oficinas de Procuraduría pública de la MDEA y Oficina General de Asesoría Jurídica de la MDEA entregar los cargos de los informes **Nro. 055-2022-PP/MDEA** e Informe **Nro. 331-2022-OGAJ/MDEA** en copia fedatada” (sic)*

Mediante la CARTA N° 49-2022-OGACYGD-MDEA de fecha 16 de noviembre de 2022, la Oficina General de Atención al Ciudadano y Gestión Documentaria de la entidad atendió la solicitud señalando remitir copia fedateada de la Resolución de Alcaldía N° 288-2022-A-MDEA y del Informe N° 055-2022-PP/MDEA; sin embargo, respecto al requerimiento del Informe N° 331-2022-OGAJ/MDEA denegó su acceso señalando que se encontraba inmersa en la causal de excepción al ejercicio de acceso a la información pública establecida en el “(…) Art. 15°-B numeral 4., de la Ley 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, citando su contenido. Cabe advertir que, tal respuesta se sustenta en lo señalado en el INFORME N° 353-2022-OGAJ-MDEA, de fecha 11 de noviembre de 2022, a través del cual la Oficina General de Asesoría Jurídica emitió opinión legal señalando que la citada excepción se sustenta en que “(…)

conforme al contenido de la documentación solicitada, se colige que existe un proceso judicial en trámite”.

Con fecha 30 de noviembre de 2022, la recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, solicitando únicamente se orden la entrega en copia fedateada del INFORME N° 331-2022-OGAJ/MDEA y señalando que: *“El informe legal requerido, de manera alguna revela la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa de un proceso administrativo o judicial, ya que se trata, del informe legal en que se fundó, la Resolución de Alcaldía Nro. 288-2022-A-MDEA (se anexa), la cual al ser emitida por la máxima autoridad de la Municipalidad, ha agotado la vía administrativa, habiéndose culminado con el procedimiento administrativo, entonces no es razonablemente lógica la excusa para no entregar la información requerida, aduciendo que debe cuidar de revelar su estrategia conforme sostiene el asesor legal en su informe Nro. 353-2022-OGAJ/MDEA, por el que expresamente se niega a entregar la información, el cual anexo al presente.”*

En tal sentido, esta instancia únicamente emitirá pronunciamiento respecto de la atención de la solicitud vinculada al requerimiento de copia fedateada del INFORME N° 331-2022-OGAJ/MDEA, en tanto ha sido el único extremo impugnado.

Mediante la Resolución N° 003343-2022-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA¹, se admitió a trámite el citado recurso impugnatorio y se requirió a la entidad que en un plazo de cuatro (4) días hábiles remita el expediente administrativo correspondiente y formule sus descargos, sin que a la fecha de la emisión de la presente resolución haya presentado documentación alguna.

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-JUS² 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 referida ley 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.

Asimismo, el numeral 4 del artículo 17 de la referida norma señala que dicho derecho no podrá ser ejercido respecto a la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar

¹ Notificada el 29 de diciembre de 2022.

² En adelante, Ley de Transparencia.

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. Esta excepción termina al concluir el proceso.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo legal, 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 consiste en determinar si la información solicitada se encuentra incurso en la excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

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:

“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:

“(…) 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”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha precisado 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).

En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso denieguen el acceso a la información pública solicitado por un ciudadano, constituye deber de las entidades acreditar que dicha información corresponde a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 al 17 de la Ley de Transparencia, debido que poseen la carga de la prueba.

Asimismo, con relación a los gobiernos locales, es pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, 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.

En esa línea, el último párrafo 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).

Siendo ello así, 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.

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 cuenten o no tengan 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.

Previo a dilucidar la presente controversia, corresponde precisar que este colegiado únicamente emitirá pronunciamiento respecto de la atención de la solicitud vinculada

al requerimiento de copia fedateada del INFORME N° 331-2022-OGAJ/MDEA, en tanto ha sido el único extremo impugnado.

En el caso de autos, la recurrente requirió copia fedateada de una serie de documentos dentro de los cuales se encuentra el “Informe Nro. 331-2022-OGAJ/MDEA”, conforme se consignó en los antecedentes de la presente resolución.

Por su parte, mediante la CARTA N° 49-2022-OGACYGD-MDEA, la Oficina General de Atención al Ciudadano y Gestión Documentaria de la entidad atendió la solicitud, denegando el acceso al Informe N° 331-2022-OGAJ/MDEA alegando que dicha información se encontraba inmersa en la causal de excepción al ejercicio de acceso a la información pública establecida en el numeral 4 de la Ley de Transparencia, ello en la medida que según la opinión legal contenida en el INFORME N° 353-2022-OGAJ-MDEA, de fecha 11 de noviembre de 2022, la citada excepción se sustenta en que “(...) conforme al contenido de la documentación solicitada, se colige que existe un proceso judicial en trámite”.

Por tal motivo, la recurrente interpuso su recurso de apelación, señalando que, el Informe N° 331-2022-OGAJ/MDEA “(...) de manera alguna revela la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa de un proceso administrativo o judicial, ya que se trata, del informe legal en que se fundó la Resolución de Alcaldía Nro. 288-2022-A-MDEA (se anexa), la cual al ser emitida por la máxima autoridad de la Municipalidad, ha agotado la vía administrativa, habiéndose culminado con el procedimiento administrativo (...)”.

En dicho contexto, corresponde determinar si lo requerido se encuentra dentro del supuesto de excepción contemplado en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el cual prescribe que:

“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

- 4. 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. Esta excepción termina al concluir el proceso (...)”.*

Al respecto, resulta pertinente señalar que, para la aplicación de la excepción al derecho de acceso a la información pública señalada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, deben concurrir 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, 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 el cual vaya a desplegarse la referida estrategia.

En cuanto al primer requisito, el mismo se satisface por la existencia de un documento que haya sido creado o se encuentre en posesión de la entidad, en el cual se encuentren análisis, recomendaciones o sugerencias que puedan configurar o ayuden a configurar la estrategia que vaya a adoptar la entidad en el seno de un procedimiento administrativo o judicial.

Asimismo, dicha información no debe haber sido elaborada u obtenida por cualquier funcionario de la Administración Pública, sino que la norma exige que esta haya sido creada u obtenida específicamente por un asesor jurídico o un abogado de la entidad; es decir, requiere de una cualidad especial de quien haya elaborado u obtenido la información que es materia del requerimiento.

En esa línea, no basta lo antes mencionado para considerar que dicha información deba ser calificada como confidencial, puesto que la excepción no se configura sobre cualquier tipo de información, sino que ésta debe necesariamente corresponder a una estrategia de defensa de la entidad; es decir, el documento requerido debe ser susceptible de revelar la aludida estrategia de defensa.

Del mismo modo, no basta que exista la referida información, obtenida por asesores jurídicos o abogados de la entidad y que corresponda a una estrategia de defensa, sino que la ley exige la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, en el cual se pueda desplegar, aplicar y desarrollar dicha estrategia. Ello es así toda vez que la parte final de la referida norma señala expresamente que la confidencialidad de dicha información termina cuando el procedimiento concluye.

Finalmente, es importante precisar que cuando la norma hace alusión a *“información cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial”*, el objeto de la confidencialidad está centrado en los documentos en virtud de los cuales se elabora una estrategia de defensa.

La confidencialidad de dicha información se justifica por la necesidad de preservar la coherencia y solidez de la defensa que luego se sustentará en el marco del proceso administrativo o judicial, esto es, dicha reserva se establece con la finalidad de proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y dentro de ella, del derecho a la defensa técnica.

Dicha confidencialidad, sin embargo, no alcanza, de manera ilustrativa, al documento en virtud del cual la entidad estatal presenta su pretensión y sus fundamentos ante un órgano administrativo o jurisdiccional, es decir, las demandas, alegatos, recursos, entre otros, en la medida que en dicho caso la estrategia de defensa ya ha sido revelada en el marco de un procedimiento que es esencialmente público, como el procedimiento administrativo o proceso judicial.

Cuando una demanda, un alegato, un recurso u otro documento es ingresado por la entidad al proceso judicial, dichos documentos dejan de formar parte del proceso de elaboración de una estrategia para pasar a formar parte de un expediente administrativo o judicial, en base al cual finalmente la autoridad administrativa o el juez, en su caso, adoptará una decisión (resolución administrativa, sentencia o auto) que también tienen el carácter de información de naturaleza pública.

Siendo así, se debe tener en cuenta que la administrado solicitó la copia fedateada del Informe Nro. 331-2022-OGAJ/MDEA, con sus anexos, y si bien la entidad ha señalado que el mismo forma parte de un proceso judicial en trámite, no ha indicado el número del expediente judicial y el estado en el que se encuentra o en su defecto el proceso judicial o el procedimiento administrativo en el que la entidad requiera

desplegar su defensa, esto es, no ha precisado si el documento sustenta la estrategia de defensa que aún no ha sido materializada en un proceso judicial determinado; muy por el contrario, de la revisión de la parte del “Visto” de la Resolución de Alcaldía Nro. 288-2022-A-MDEA, este colegiado ha podido corroborar que el Informe Nro. 331-2022-OGAJ/MDEA ha servido como insumo para emitir la aludida resolución de alcaldía, esto es, ha servido de base para materializar un documento administrativo que ya fue emitido. En tal sentido, el íntegro del documento requerido y anexos, no constituye parte del proceso de elaboración de la estrategia de defensa cuya confidencialidad se encuentra protegida por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sino que, forma parte de la tramitación de un procedimiento administrativo emitido. Por tanto, corresponde desestimar el argumento de la entidad, careciendo de sentido el efectuar análisis alguno respecto los demás criterios que componen dicha excepción.

Sin perjuicio de lo expuesto, en caso la copia fedateada del Informe Nro. 331-2022-OGAJ/MDEA, con sus anexos, cuenten con algún tipo de información protegida por la Ley de Transparencia, como por ejemplo: datos de individualización y contacto de terceras personas naturales, corresponderá que la entidad proceda con el tachado correspondiente, únicamente en dicho extremo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Transparencia³ y por el Tribunal Constitucional que en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, se pronunció de la siguiente forma:

“[...] 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.” (subrayado agregado)

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente, ordenando a la entidad que brinde la información pública requerida (el Informe Nro. 331-2022-OGAJ/MDEA, con sus anexos); procediendo, de ser el caso, con el tachado de aquella información que se encuentre protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Finalmente, en virtud de lo dispuesto en 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.

³ **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.”

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 el artículo 6 y el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **ÁNGELA PATRICIA GUTIÉRREZ PACHECO**, **REVOCANDO** la respuesta contenida en la CARTA N° 49-2022-OGACYGD-MDEA de fecha 16 de noviembre de 2022 emitida por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL EL ALGARROBAL**, y; en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad la entrega de la información pública requerida (el Informe Nro. 331-2022-OGAJ/MDEA, con sus anexos); procediendo, de ser el caso, con el tachado de aquella información que se encuentre protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, 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 la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL EL ALGARROBAL** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución a **ÁNGELA PATRICIA GUTIÉRREZ PACHECO**.

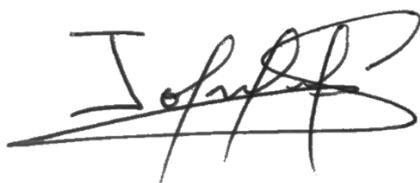
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **ÁNGELA PATRICIA GUTIÉRREZ PACHECO** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL EL ALGARROBAL**, 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).



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal Presidente



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal



VANESA VERA MUENTE
Vocal

vp: vvm