Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 001318-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente	:	01261-2023-JUS/TTAIP
Recurrente	:	**CARLOS EUSEBIO CORDOVA JIMENEZ**
Entidad	:	**MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**
Sumilla	:	Declara fundado recurso de apelación.

Miraflores, 26 de mayo de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01261-2023-JUS/TTAIP de fecha 23 de abril de 2023, interpuesto por **CARLOS EUSEBIO CORDOVA JIMENEZ** contra el Memorándum N° 147-2023-MDMM-GDH/SGPVECDR, notificado por correo electrónico del 12 de abril de 2023, por el cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**, denegó la solicitud de acceso a la información pública de fecha 21 de marzo de 2023.

I. ANTECEDENTES

Mediante la Carta 06-2023-CCJ de fecha 21 marzo de 2023, el recurrente solicitó a la entidad le remita por correo electrónica la siguiente información:

"(…)

1. ***ACUERDO DE CONSEJO N° 065-2018**, el cual dio autorización para el convenio interinstitucional entre la Municipalidad de Magdalena de Mar y LT Gestión Inmobiliaria S.A.C., en el cual se determinaron los beneficios a favor de la Municipalidad por el uso ejecutado por la otra parte.*
2. ***ACUERDO DE CONSEJO N° 147-2019**, mediante el cual se dio por resuelto el convenio entre la Municipalidad de Magdalena del Mar y la empresa LT Gestión Inmobiliaria S.A.C.*
3. ***INFORME N° 112-2019-MDMM-GDH**, a fin de esclarecer los motivos por los cuales se resolvió el Acuerdo de Consejo existente entre la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar y la empresa LT Gestión Inmobiliaria S.A.C.*
4. ***INFORME N° 010-2022-JEVC-OGTI-MDMM Y SUS ANEXOS**, en los cuales se muestran los registros de pago encontrados por el sistema SATMUN, por concepto de alquiler de canchas y/o losas deportivas.*
5. ***CARTA del regidor Juan Carlos Adriazola Casas** dirigida al Alcalde Carlomagno Chacón Gómez, ingresada como documento simple N° 11053-22.*
6. ***Documentos remitidos por el regidor Juan Carlos Adriazola**, documentos simples 11907-22 y el 11906-22 dirigidos a la OCI.*
7. ***Sesión de consejo municipal** de fecha 22 de noviembre de 2022.*
8. ***Carta remitida al alcalde de la MDMM** a nombre de la Academia de Futbol y Alto Rendimiento Jr Sport, el día 05 de enero de 2023.*
9. ***La carta de fecha 9 de enero de 2023 remitida por el señor Alfredo Velarde**, representante de la ESCUELA DE FUTBOL DE BOCA JUNIOR, a fin de acreditar el*

periodo de funcionamiento que ha mantenido en el predio perteneciente a la Municipalidad de Magdalena del Mar.

10. ***La solicitud presentada el 11 de enero de 2023 por la WFF/INTERNACIONAL FEDERATION EIRL**, a fin de alquilar el campo deportivo para la realización del TORNEO DE MENORES "SOCCER F7 CAMPEONATO POR NIVELES" EN SU XVI EDICIÓN, y anexos. A fin de determinar su participación en el predio dentro del periodo denunciado.*
11. ***La carta del regidor JUAN CARLOS ADRIAZOLA CASAS, dirigida al alcalde Carlomagno Chacón Gómez, ingresada como documento simple 11053-22**, dentro de las cuales se solicitan el reporte de ingresos obtenidos por la Municipalidad de magdalena respecto al alquiler de sus espacios deportivos en los periodos de 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022.*
12. ***La carta N° 254-2022-SG-MDMM y MEMORANDO N° 183-2022-SGPVECDR-GDH-MDMM**, en estas se solicitan la base normativa que ampararía la solicitud de documentación y su respuesta respectivamente.*
13. ***Los documentos remitidos por el regidor JUAN CARLOS ADRIAZOLA**, **documentos simples 11907-2022 y documento simple 11906-22**, documentos con los cuales se hizo de conocimiento tanto a la Municipalidad y al jefe del Órgano de Control Institucional sobre un incidente en el predio en mención.*
14. *Resolución de Alcaldía N° 096-2022-A-MDMM de fecha 06 de mayo de 2022 (RENUNCIA DE FRANCO SALINAS LÓPEZ).*
15. ***El Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad de Magdalena del Mar.***
16. ***La SESIÓN DE CONSEJO MUNICIPAL DE FECHA 22 DE NOVIEMBRE DEL 2022**, para lo cual solicito se requiera a la Municipalidad de Magdalena del Mar, se remita copias certificadas de la sesión de consejo de fecha 22 de noviembre de 2022, a fin de analizar la negativa ante la puesta en conocimiento de los supuestos hechos denunciados.*
17. ***Las actas de entrega del Complejo deportivo de la Costa Verde**, realizado entre los funcionarios municipales y la empresa LT Gestión Inmobiliaria S.A.C., de los años 2018-2023, después de haberse resuelto el convenio firmado en el año 2018.*
18. ***La carta remitida al alcalde de la Municipalidad de Magdalena del Mar a nombre de la ACADEMIA DE FUTBOL Y ALTO RENDIMIENTO JR SPORTS**, el día 5 de enero de 2023, a fin de acreditar su periodo de funcionamiento dentro del predio perteneciente a la Municipalidad de Magdalena.*
19. ***La carta de fecha 9 enero de 2023 remitida por el señor Alfredo Velarde, representante de la ESCUELA DE FUTBOL DE BOCA JUNIOR**, a fin de acreditar el periodo de funcionamiento que ha mantenido en el predio perteneciente a la Municipalidad de Magdalena del Mar.*
20. ***La solicitud presentada el 11 de enero de 2023 por la WFF/INTERNATIONAL FEDERATION EIRL,** a fin de alquilar el campo deportivo para la realización del TORNEO DE MENORES "SOCCER F7 CAMPEONATO POR NIVELES" EN SU XVI EDICION y anexos. A fin de determinar su participación en el predio dentro del periodo denunciado.*
21. *- **Documentos y sus anexos (documentos adjuntos) en la Oficina General de Asesoría Jurídica**:*

    *-**MEMORANDO N° 2121-2019-GM-MDMM de 11.12.2019 emitido por GM** y recibido por GAJ.*

    *-**MEMORANDO N° 1067-2019-GM-MDMM de 03.07.2019 emitido por GM** y recibido por GAJ.*

    *-**INFORME N° 832-2019-GAJ-MDMM 12.12.2019 emitido por GAJ** y recibido por GM*
22. *- **Documentos y sus anexos (documentos adjuntos) en la Secretaria General:***

-***MEMORANDO 2131-2019-GM-MDMM de 16.12.2019 emitido por GM*** *y recibido por SG.*
-***CARTA 254-2022-SG-MDMM***

23. -***Documentos y sus anexos (documentos adjuntos) en la Gerencia de Desarrollo Humano:***
-***MEMORANDO N° 195-2022-SGPVECDR-GDH-MDMM de 30.11.2022***
-***MEMORANDUN N° 183-2022-SGPVECDR-GDH-MDMM***
-***INFORME N° 112-2019-MDMM-GHD de 15.10.2022 emitido en GHD y remitido a GM***". (numeración y resaltado es nuestro).

Con fecha 23 de marzo de 2023 la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar solicita al recurrente la aclaración a su pedido de información por acceso a la información pública, aclarado por el recurrente en la misma fecha mediante la Carta N° 008-2023-CCJ.

Mediante correo electrónico del 12 de abril de 2023, la entidad remitió el Memorándum N° 147-2023-MDMM-GDH/SGPVECDR de fecha 28/3/2023, por el cual deniega la entrega de la información solicitada por ser confidencial, señalando que está vinculada a un procedimiento disciplinario y por lo tanto no puede ser entregada. En dicho memorándum la comuna señala que: "*Al respecto, es preciso indicar que la información solicitada por el administrado en el DS N° 04170-2023 y su aclaración, de fechas 21 de marzo y 27 de marzo, respectivamente, se encuentra contenida en la documentación elevada a la Secretaría Técnica PAD a fin de que se tome conocimiento de presuntas irregularidades relacionadas al Complejo Deportivo Municipal de la Costa Verde y se aperture el correspondiente Procedimiento Administrativo Sancionador, mediante el Informe N° 061-2023-MDMM-GDH/SGPVECDR, recepcionado con fecha 23 de marzo del presente año, conforme se puede apreciar en el documento adjunto (…)*". (subrayado agregado)

El 23 de abril de 2023, el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis alegando que la entidad habría instaurado un Proceso Administrativo Sancionador en fecha posterior (para que el suscrito se defienda en una denuncia en otro ámbito distinto al administrativo sobre los mismos hechos) refiriendo que fue con el propósito de hacer uso de la excepción establecida en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, con el objetivo de no proporcionarle la documentación solicitada, a efecto de dejarlo indefenso y contraviniendo los principios básicos del procedimiento administrativo y el artículo 4 de la Ley de Transparencia.

Mediante la Resolución N° 01183-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[1] se admitió a trámite del referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos.

La entidad formuló los descargos mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2023, indicando que *"(…) con MEMORANDO N° 147-2023-MDM-GDH/SGPVECDR de fecha 28 de marzo de 2023 la Subgerencia de Participación Vecinal, Educación, Cultura, Deportes y Recreación atiende el requerimiento indicando lo siguiente "(…) es preciso indicar que la información solicitada por el administrado en el DS N° 04170-2023 y su aclaración, de fechas 21 de marzo y 27 de marzo, respectivamente, se encuentra contenida en la documentación elevada a la Secretaría Técnica PAD a fin de que se tome conocimiento de presuntas irregularidades relacionadas al Complejo Deportivo Municipal de la Costa Verde y se aperture el correspondiente Procedimiento Administrativo Sancionador, mediante el Informe N° 061-2023-MDMM-*

[1] Resolución de fecha 12 de mayo de 2023, notificada a al entidad el 19 de mayo de 2023.

GDH/SGPVECDR (…), por lo que esta subgerencia no podrá atender lo requerido por el Sr. Carlos Córdova Jiménez (…), en ese sentido en mérito al artículo anteriormente citado, la información solicitada por parte del administrado se encuentra dentro de las excepciones al ejercicio del derecho a formar parte de un procedimiento administrativo sancionador ". Que para acreditar que dicho procedimiento administrativo se encuentra dentro de los alcances de la norma ***se precisa que tiene el número de expediente N° 023-2023, cuya fecha de inicio es el 23 de marzo de 2023****, es decir que nos encontramos dentro de los 06 meses de protección que establece la norma de transparencia y acceso a la información pública.*
(…)
Señor presidente, es propicio señalar que al haber acreditado que mi representada ha cumplido a cabalidad con la norma y sus funciones, debe ser desestimada la apelación, toda vez que conforme a los fundamentos esbozados precedentemente se entiende que la denegatoria de la información obedece estrictamente a que todos los documentos solicitados en la apelación se encuentran dentro de un procedimiento administrativo sancionador (…)" (el resaltado es nuestro).

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-JUS[2], establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Transparencia establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar 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.

Adicionalmente a ello, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[8], señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base a razones de hecho y a las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

[2] En adelante, Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente se encuentra excluida de su entrega por la excepción contenida en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Sobre el particular, es criterio de este Tribunal que 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".*

Del mismo modo, 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* <u>*que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas*</u>." (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:

"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".

Dentro del contexto del presente recurso es importante destacar que, 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 Municipalidades[6], 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 Nº 27444 (…)"* (subrayado añadido), 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 añadido).

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 efectuarseel 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.

El recurrente solicitó a la entidad le remita por correo electrónico la siguiente información:

"(…)

1. ***ACUERDO DE CONSEJO N° 065-2018**, el cual dio autorización para el convenio interinstitucional entre la Municipalidad de Magdalena de Mar y LT Gestión Inmobiliaria S.A.C., en el cual se determinaron los beneficios a favor de la Municipalidad por el uso ejecutado por la otra parte.*
2. ***ACUERDO DE CONSEJO N° 147-2019**, mediante el cual se dio por resuelto el convenio entre la Municipalidad de Magdalena del Mar y la empresa LT Gestión Inmobiliaria S.A.C.*
3. ***INFORME N° 112-2019-MDMM-GDH**, a fin de esclarecer los motivos por los cuales se resolvió el Acuerdo de Consejo existente entre la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar y la empresa LT Gestión Inmobiliaria S.A.C.*
4. ***INFORME N° 010-2022-JEVC-OGTI-MDMM Y SUS ANEXOS**, en los cuales se muestran los registros de pago encontrados por el sistema SATMUN, por concepto de alquiler de canchas y/o losas deportivas.*

5. ***CARTA del regidor Juan Carlos Adriazola Casas*** *dirigida al Alcalde Carlomagno Chacón Gómez, ingresada como documento simple N° 11053-22.*

6. ***Documentos remitidos por el regidor Juan Carlos Adriazola****, documentos simples 11907-22 y el 11906-22 dirigidos a la OCI.*

7. ***Sesión de consejo municipal*** *de fecha 22 de noviembre de 2022.*

8. ***Carta remitida al alcalde de la MDMM*** *a nombre de la Academia de Futbol y Alto Rendimiento Jr Sport, el día 05 de enero de 2023.*

9. ***La carta de fecha 9 de enero de 2023 remitida por el señor Alfredo Velarde****, representante de la ESCUELA DE FUTBOL DE BOCA JUNIOR, a fin de acreditar el periodo de funcionamiento que ha mantenido en el predio perteneciente a la Municipalidad de Magdalena del Mar.*

10. ***La solicitud presentada el 11 de enero de 2023 por la WFF/INTERNACIONAL FEDERATION EIRL****, a fin de alquilar el campo deportivo para la realización del TORNEO DE MENORES "SOCCER F7 CAMPEONATO POR NIVELES" EN SU XVI EDICIÓN, y anexos. A fin de determinar su participación en el predio dentro del periodo denunciado.*

11. ***La carta del regidor JUAN CARLOS ADRIAZOLA CASAS, dirigida al alcalde Carlomagno Chacón Gómez, ingresada como documento simple 11053-22****, dentro de las cuales se solicitan el reporte de ingresos obtenidos por la Municipalidad de magdalena respecto al alquiler de sus espacios deportivos en los periodos de 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022.*

12. ***La carta N° 254-2022-SG-MDMM y MEMORANDO N° 183-2022-SGPVECDR-GDH-MDMM****, en estas se solicitan la base normativa que ampararía la solicitud de documentación y su respuesta respectivamente.*

13. ***Los documentos remitidos por el regidor JUAN CARLOS ADRIAZOLA****,* ***documentos simples 11907-2022 y documento simple 11906-22****, documentos con los cuales se hizo de conocimiento tanto a la Municipalidad y al jefe del Órgano de Control Institucional sobre un incidente en el predio en mención.*

14. ***Resolución de Alcaldía N° 096-2022-A-MDMM*** *de fecha 06 de mayo de 2022 (RENUNCIA DE FRANCO SALINAS LÓPEZ).*

15. ***El Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad de Magdalena del Mar.***

16. ***La SESIÓN DE CONSEJO MUNICIPAL DE FECHA 22 DE NOVIEMBRE DEL 2022****, para lo cual solicito se requiera a la Municipalidad de Magdalena del Mar, se remita copias certificadas de la sesión de consejo de fecha 22 de noviembre de 2022, a fin de analizar la negativa ante la puesta en conocimiento de los supuestos hechos denunciados.*

17. ***Las actas de entrega del Complejo deportivo de la Costa Verde****, realizado entre los funcionarios municipales y la empresa LT Gestión Inmobiliaria S.A.C., de los años 2018-2023, después de haberse resuelto el convenio firmado en el año 2018.*

18. ***La carta remitida al alcalde de la Municipalidad de Magdalena del Mar a nombre de la ACADEMIA DE FUTBOL Y ALTO RENDIMIENTO JR SPORTS****, el día 5 de enero de 2023, a fin de acreditar su periodo de funcionamiento dentro del predio perteneciente a la Municipalidad de Magdalena.*

19. ***La carta de fecha 9 enero de 2023 remitida por el señor Alfredo Velarde, representante de la ESCUELA DE FUTBOL DE BOCA JUNIOR****, a fin de acreditar el periodo de funcionamiento que ha mantenido en el predio perteneciente a la Municipalidad de Magdalena del Mar.*

20. ***La solicitud presentada el 11 de enero de 2023 por la WFF/INTERNATIONAL FEDERATION EIRL,*** *a fin de alquilar el campo deportivo para la realización del TORNEO DE MENORES "SOCCER F7 CAMPEONATO POR NIVELES" EN SU XVI EDICION y anexos. A fin de determinar su participación en el predio dentro del periodo denunciado.*

21. - ***Documentos y sus anexos (documentos adjuntos) en la Oficina General de Asesoría Jurídica****:*

*-**MEMORANDO N° 2121-2019-GM-MDMM de 11.12.2019 emitido por GM** y recibido por GAJ.*

*-**MEMORANDO N° 1067-2019-GM-MDMM de 03.07.2019 emitido por GM** y recibido por GAJ.*

*-**INFORME N° 832-2019-GAJ-MDMM 12.12.2019 emitido por GAJ** y recibido por GM*

22. ***- Documentos y sus anexos (documentos adjuntos) en la Secretaria General:***

*-**MEMORANDO 2131-2019-GM-MDMM de 16.12.2019 emitido por GM** y recibido por SG.*

*-**CARTA 254-2022-SG-MDMM***

23. - ***Documentos y sus anexos (documentos adjuntos) en la Gerencia de Desarrollo Humano:***

*-**MEMORANDO N° 195-2022-SGPVECDR-GDH-MDMM de 30.11.2022***

-MEMORANDUN N° 183-2022-SGPVECDR-GDH-MDMM

***-INFORME N° 112-2019-MDMM-GHD de 15.10.2022 emitido en GHD y remitido a GM**".* (numeración y resaltado es nuestro).

Al respecto la entidad en su respuesta ha indicado que la información es confidencial contemplada en la excepción del numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por cuanto la documentación solicitada se encuentra elevada a la Secretaría Técnica PAD a fin de que se tome conocimiento de presuntas irregularidades relacionadas al Complejo Deportivo Municipal de la Costa Verde y se aperture el correspondiente Procedimiento Administrativo Sancionador, mediante el Informe N° 061-2023-MDMM-GDH/SGPVECDR, asimismo en su descargo la entidad refiere que tiene el número de expediente N° 023-2023.

No obstante la excepción invocada por la entidad (de la que nos ocuparemos más adelante) corresponde definir qué documentos de orden municipal son públicos por su propia naturaleza, al margen de que la entidad pretenda indicar que se encuentran dentro de un Proceso Administrativo sancionador que, en la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, se establece:

"*ARTÍCULO 13.- SESIONES DEL CONCEJO MUNICIPAL* ***Las sesiones del concejo municipal son públicas****, salvo que se refieran a asuntos que puedan afectar los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen; pueden ser ordinarias, extraordinarias y solemnes. El alcalde preside las sesiones del concejo municipal y en su ausencia las preside el primer regidor de su lista (…)". (el resaltado es nuestro).*

"Artículo 13-A. SESIONES VIRTUALES DE CONCEJO MUNICIPAL

En situaciones de estado de excepción, declarada conforme a la normativa vigente, y ante la imposibilidad de reunirse de manera presencial el concejo municipal puede sesionar válidamente utilizando medios virtuales, conforme lo disponga su reglamento y respetando las reglas que se señalan en la presente ley para las sesiones ordinarias y extraordinarias, con relación a la convocatoria, el quorum requerido, el registro adecuado de las deliberaciones, así como la votación necesaria para adoptar ***acuerdos.***

Los procedimientos que se sigan para su convocatoria, deliberaciones, votaciones y acuerdos deben garantizar el carácter público, abierto y transparente de los debates virtuales; la participación sin restricciones de los regidores, la libre deliberación y el voto personal, directo y público de cada regidor".

"ARTÍCULO 41.- ACUERDOS
Los acuerdos son decisiones, que toma el concejo, referidas a asuntos específicos ***de interés público****, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional. Los acuerdos aprobados, cuando así lo requieran, incluyen un plan de implementación que establezca las acciones a realizar, señalando metas, plazos y financiamiento, según corresponda".* (el resaltado es nuestro).

Asimismo el artículo 43° de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que las Resoluciones de Alcaldía aprueban y resuelven los asuntos de carácter administrativo, son emitidas como parte de la gestión de la entidad, asimismo estas resoluciones como los acuerdos de consejo se publican en el portal de transparencia estándar, conforme lo dispone el Lineamiento para la implementación y actualización del Portal de Transparencia Estándar en las entidades de la Administración Pública y su anexo, aprobado por Resolución Directoral N° 11-2021-JUS/DGTAIPD.

Asimismo, se aprecia que la entidad publicita sus Sesiones y acuerdos de Concejo, y Resoluciones de Alcaldía tal como se puede advertir de su página web: *https://www.munimagdalena.gob.pe/sesiones-de-concejo/*
https://www.gob.pe/institucion/munimagdalena-lima/normas-legales/tipos/108-acuerdo-de-concejo.
https://www.gob.pe/institucion/munimagdalena-lima/normas-legales/tipos/89-resolucion-de-alcaldia.

De otro lado, respecto a la información referida al Reglamento de Organización y Funciones de la entidad, se publica en el portal de transparencia estándar de la entidad, conforme lo dispone el Lineamiento para la implementación y actualización del Portal de Transparencia Estándar en las entidades de la Administración Pública y su anexo, aprobado por Resolución Directoral N° 11-2021-JUS/DGTAIPD, por tanto, este documento es de carácter público.

Que, dado lo indicado precedentemente los documentos de los Puntos 1), 2), 7), 14), 15) y 16) son públicos por su propia naturaleza, y deben ser entregados al margen de que la entidad refiera que se encuentren en un proceso sancionador.

Respecto a los Puntos 3), 4), 5), 6), 8), 9), 10), 11), 12), 13), 17), 18), 19), 20), 21, 22) y 23), se debe mencionar que la Ley de Transparencia al regular excepciones que limitan el derecho de acceso a la información pública, establece en el numeral 3 del artículo 17 lo siguiente: "*La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final*".

En ese sentido, dicha excepción establece una limitación temporal al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, al restringir la entrega de la información confidencial, la cual se encuentra vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública; sin embargo, dicha excepción termina: i) cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida; o, ii) cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado la resolución final correspondiente.

Sin embargo, ello no implica *per se*, que toda la información vinculada a dichas investigaciones pueda ser considerada confidencial.

En ese sentido, de la norma citada se desprende que resulta confidencial la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, lo que presupone, en primer lugar, la existencia de un procedimiento administrativo sancionador en el cual se esté desplegando dicha potestad sancionadora, esto es, que se haya iniciado y que se encuentre en trámite dicho procedimiento administrativo disciplinario. Pero también presupone, en segundo lugar, que la información solicitada se encuentre vinculada a dicho procedimiento administrativo, esto es, que forme parte del expediente administrativo en el cual se contiene la información sobre dicho procedimiento, para lo cual no basta que la información tenga alguna relación con la materia sobre la cual versa el procedimiento, sino que dicha información efectivamente se encuentre incorporada a dicho procedimiento, y ello no solo porque conforme al artículo 18 de la Ley de Transparencia las excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva, en la medida que se tratan de una limitación a un derecho fundamental, sino porque el objeto de la confidencialidad de esta excepción es que se proteja la información recopilada en torno a la investigación de una posible infracción administrativa, es decir, cuyo conocimiento pudiese ocasionar algún daño a la eficacia de dicha investigación.

Asimismo, conforme se advierte del citado texto normativo, la norma establece dos (2) supuestos distintos -y no concurrentes- en los cuales la exclusión de acceso a la información termina:
1. Cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida. Dicho supuesto exige que el acto administrativo dictado por la entidad no haya sido impugnado, de modo que el procedimiento administrativo concluye.
2. Cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final. Al respecto, la norma exige la concurrencia de dos (2) requisitos: el primero consiste en el simple transcurso del tiempo, que conforme lo señala la norma es de seis (6) meses; y, el segundo, que en dicho plazo la Administración no haya dictado la resolución final del procedimiento administrativo.

En atención a lo expuesto, la entidad en su respuesta refiere que mediante el Memorándum N° 147-2023-MDMM-GDH/SGPVECDR del 28 de marzo de 2023, suscrito por la Subgerente de Participación Vecinal, Educación, Cultura, Deportes y Recreación de la entidad, indica que remitió a la Secretaría Técnica PAD de la entidad con fecha 23 de marzo de 2023 el Informe N° 061-2023-061-2023-MDMM-GDH/SGPVECDR, para que dicho órgano tome conocimiento de presuntas irregularidades relacionadas al Complejo Deportivo Municipal de la Costa Verde y se aperture el correspondiente Procedimiento Administrativo Sancionador; posteriormente el Procurador Público de la entidad en su descargo, sin anexar documentación alguna al respecto, se limita a señalar que, el procedimiento administrativo disciplinario tiene como expediente el N° 023-2023, y como fecha de inicio el 23 de marzo de 2023. Lo cual debe corroborarse con la documentación correspondiente, aspecto este último necesario para acreditar fehacientemente la excepción invocada de confidencialidad.

Que, de lo indicado precedentemente, se advierte que la entidad ha omitido acreditar el inicio o la existencia del alegado procedimiento disciplinario, dentro del marco de desarrollo de las normas vigentes aplicables (Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC), desconociendo documentalmente, este colegiado, la fecha cierta del inicio del proceso administrativo disciplinario a efecto de computar el

plazo temporal de confidencialidad establecido en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, siendo insuficiente el solo dicho de la entidad respecto a la fecha de inicio del alegado procedimiento administrativo disciplinario, dado que la excepción invocada debe sustentarse debidamente, toda vez que el sistema jurídico de transparencia se sostiene en base al principio o regla de la presunción de publicidad.

En consecuencia, corresponde que la entidad entregue, además de los documentos ya antes indicados de los puntos **1), 2), 7), 14), 15) y 16),** la información solicitada por el recurrente en los Puntos 3), 4), 5), 6), 8), 9), 10), 11), 12), 13), 17), 18), 19), 20), 21, 22) y 23), al no haberse desvirtuado el Principio de Publicidad sobre dichos documentos, por lo que la entidad deberá entregarla al recurrente; o de ser el caso, comunicar al administrado de forma clara, precisa y veraz, debidamente acreditado el inicio del referido procedimiento administrativo disciplinario señalado, conforme a la regla jurídica antes citada, tachando la información confidencial conforme al artículo 19 de la Ley de Transparencia.

Finalmente, en virtud de lo señalado el artículo 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 expuestos y de conformidad con lo previsto 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; y de conformidad con el numeral 111.1 del artículo 111 de la Ley N° 27444, con votación en mayoría;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **CARLOS EUSEBIO CORDOVA JIMENEZ**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR** que entregue la información pública solicitada, dentro del marco referido conforme a los considerandos señalados en 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 MAGDALENA DEL MAR** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 de la presente resolución.

<u>Artículo 3</u>.- **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.

<u>Artículo 4</u>.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **CARLOS EUSEBIO CORDOVA JIMENEZ** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

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

LUIS AGURTO VILLEGAS
Vocal

TATIANA VALVERDE ALVARADO
Vocal

vp: lav

VOTO SINGULAR DEL VOCAL ULISES ZAMORA BARBOZA

Con el debido respeto por mis colegas Vocales de la Primera Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dentro del marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10-D del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS[3], debo señalar que discrepo de lo resuelto y de los argumentos relacionados con la no acreditación del procedimiento administrativo sancionador, conforme a los siguientes argumentos:

En el presente caso la entidad no solamente ha alegado la excepción correspondiente al numeral 17.3 de la Ley de Transparencia, sino que además ha procedido a señalar de manera clara y precisa que existe un procedimiento administrativo sancionador ya iniciado; asimismo, ha especificado la fecha de su inicio para efectos de que se realice el cómputo del plazo de confidencialidad correspondiente.

En esa línea, si bien es cierto existe el Principio de Presunción de Publicidad, también existe aquel relacionado con la Presunción de Veracidad contemplado en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar[4] del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS[5], norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento de conformidad con la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[6], en tanto, quien efectuó la solicitud no ha presentado ningún medio probatorio que contradiga dicha afirmación.

Asimismo, es oportuno tener en cuenta el Principio de Buena Fe Procedimental consagrado en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, que señala lo siguiente:

"(…)

1.8. Principio de buena fe procedimental. - La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley"; así como el artículo 52 del mismo cuerpo legal que señala: "*Artículo 52.- Valor de documentos públicos y privados 52.1 <u>Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades</u>*".

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 9 y 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4710-2011-PHD/TC ha establecido el carácter de <u>declaración jurada</u> a las declaraciones efectuadas por los funcionarios que afirman no poseer la información requerida por los administrados en el marco del procedimiento de acceso a la información pública:

> *"En dicho contexto, con fecha 17 de abril de 2012 se ha recibido el Oficio N.° 041-D-CEBA-COMERCIO 62-2012, mediante el que don Rubén Laureano*

---

[3] **Artículo 10-D.- Funciones de los Vocales**
El vocal tiene las siguientes funciones:
(…)
3) Participar y votar en las sesiones de la Sala que integra; así como, expresar las razones de su voto singular o discrepante.

[4] De acuerdo a dicho principio, *"En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario"*.

[5] En adelante, Ley N° 27444.

[6] En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

Lázaro, en su condición de Director del Centro de Educación Básica Alternativa (CEBA COMERCIO N.º 62 Almirante Miguel Grau), Turno Noche, manifiesta que "(…) según el informe de la secretaría encargada actualmente no obra en archivo ningún memorándum emitidos entre los meses de enero y julio de 2008 por mi despacho (…)".
Sobre el particular, este Colegiado no puede más que otorgar a la comunicación antes consignada el carácter de declaración jurada, razón por la que le otorga presunción de validez, a menos que se demuestre lo contrario." (subrayado agregado)

Siendo esto así, si a criterio del Tribunal Constitucional lo señalado por la entidad tiene carácter de declaración jurada, incluso cuando se verifica que no existe la documentación, resulta lógico y razonable que cuando la unidad orgánica correspondiente afirma que dicha documentación sí se encuentra en su posesión, pero sujeto a una restricción temporal de acceso, dicha declaración tenga el mismo carácter y deba ser considerada dentro del marco del antes citado principio de Presunción de Veracidad.

De esta manera, a criterio del suscrito, desconocer la declaración formulada por una entidad dentro del marco de un procedimiento administrativo, quitando mérito a lo afirmado en su contenido, constituye un despropósito que no contribuye al necesario fortalecimiento de las instituciones de la Administración Pública en el desempeño de sus funciones; sin perjuicio de ello, en caso dichas afirmaciones se realicen alejadas de la veracidad, siempre serán sujetas a las responsabilidades que correspondan, de ser el caso.

De otro lado, es oportuno resaltar que la restricción temporal contemplada en el numeral 17.3 de la Ley de Transparencia recae directamente sobre documentación creada y en posesión de la entidad, por ende, es una protección que recae sobre información en principio pública, la cual a pesar de ser de naturaleza pública se protege únicamente por un período de tiempo determiinado de seis (6) meses.

En esa línea, considero que corresponde declarar infundado el recurso de apelación respecto de la información cuya publicación no es exigida por el marco normativo en materia de transparencia, correspondiendo la protección temporal de la información pública correspondiente por período de seis (6) meses contados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador, siendo que transcurrido dicho plazo dicha causal no resulta aplicable a la referida documentación.

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente