



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 001540-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01387-2023-JUS/TTAIP
Impugnante : **LUIS ALBERTO GARCÍA BENITES**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE OLMOS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 14 de junio de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01387-2023-JUS/TTAIP de fecha 05 de mayo de 2023, interpuesto por **LUIS ALBERTO GARCÍA BENITES** contra la CARTA No 80-2023-MDO/SG de fecha 13 de abril de 2023, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE OLMOS** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con CARTA N° 149-2022-LAGB de fecha 19 de octubre de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 19 de octubre de 2022, a través de la Carta N° 149-2022-LAGB, reiterada con la Carta N° 211-2023-LAGB de fecha 12 de abril de 2023, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad que le entregue por correo electrónico información en los siguientes términos:

“Resoluciones de Alcaldía del periodo del 2019”

Se aprecia que tanto en la Carta N° 149-2022-LAGB como en la Carta N° 211-2023-LAGB, el recurrente indicó lo siguiente: *“Autorizo se sirva enviarme respuesta a mi correo: [REDACTED]”*

A través de la Carta N° 80-2023-MDO/SG de fecha 13 de abril de 2023, la entidad atendió la solicitud, señalando lo siguiente:

“(…) al respecto se le indica que lo solicitado lo puede recabar en físico en Secretaría General de la MDO, cuando usted lo considere pertinente previa coordinación con la secretaria de la prenotada oficina, debiéndose comunicar al número 936018685, a quien deberá llamar en horario de oficina, se le estará entregando en físico por motivo que el scanner la Entidad está malogrado desde el año pasado y por falta de disponibilidad presupuestal no se puede adquirir otro, mas aun encontrándonos en emergencia, esto imposibilita poder scanear la cantidad de documentos que Usted requiere, aclarando que no se le niega el acceso a la información, pudiendo recabar la información solicitada tal como se indicó líneas arriba.”

Con fecha 5 de mayo de 2023, a través de la Carta N° 254-2023-LAGB, el recurrente presentó a esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, señalando que no se le otorgó la información y que la falta de scanner no es óbice para otorgarla. Mediante la Resolución 001264-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹, se admitió a trámite el citado recurso de apelación y se requirió a la entidad la formulación de sus descargos y la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública; 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 goza del derecho “[a] solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, exceptuando las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”.

En este marco, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS², establece que, en virtud del principio de publicidad, toda información que posea el Estado es de acceso ciudadano, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 10 del mismo texto señala que “[l]as 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, el tercer párrafo del artículo 13 de dicha norma dispone 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 este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada.

En adición a ello, el cuarto párrafo de la citada norma señala que esta ley no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean. No califica en esta limitación el procesamiento de datos preexistentes de acuerdo con lo que establezcan las normas reglamentarias, salvo que ello implique recolectar o generar nuevos datos.

2.1 Materia en discusión

En el presente expediente se aprecia que la controversia consiste en determinar si la respuesta otorgada por la entidad se encuentra dentro de los alcances de la Ley de Transparencia.

¹ Resolución notificada con Cédula de Notificación N° 6749-2023-JUS/TTAIP, en la mesa de partes virtual de la entidad, <https://facilita.gob.pe/v/3169>, el 6 de junio de 2023, con acuse de recibo de la misma fecha, conforme a 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.

² En adelante, Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia

En virtud del Principio de Publicidad, previsto en el artículo 3 de la Ley de Transparencia, el acceso a la documentación en poder de las entidades públicas es la regla, mientras que la reserva es la excepción, conforme al razonamiento expuesto por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4 de su sentencia recaída en el Expediente N° 05812-2006-HD/TC, en el que señala que:

"(...) un Estado social y democrático de Derecho se basa en el principio de publicidad (artículo 39º y 40º de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. Excepcionalmente el acceso a dicha información puede ser restringido siempre que se trate de tutelar otros bienes constitucionales, pero ello debe ser realizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

Con relación a dicho principio, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que: *"De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (STC N.º 02579-2003-HD/TC), de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas".*

Asimismo, 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, en el que se indica lo siguiente:

"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 dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

Cabe agregar que 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.

Así también, con relación a los gobiernos locales, es pertinente considerar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que establece 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 agregado); estableciendo de este 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 agregado)

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 que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública.

En este caso, el recurrente solicitó a la entidad que le otorgue por correo electrónico, las Resoluciones de Alcaldía del periodo del 2019, pedido que fue atendido por la entidad con la Carta N° 80-2023-MDO/SG, en la que señala que lo solicitado podía ser recabado en físico en Secretaría General de la entidad, ya que el scanner estaba malogrado y por falta de disponibilidad presupuestal no podía adquirir otro, además que no podía scanear la cantidad de documentos requeridos; frente a ello, el recurrente presentó el recurso de apelación materia de análisis ante esta instancia, señalando que la falta de scanner no impedía otorgar la información, la entidad por su parte no presentó descargos.

Al respecto, cabe señalar que el recurrente solicitó que la información le fuera enviada por correo electrónico, por lo que la puesta a disposición de la información solicitada requiriendo que se apersona a la entidad para recabarla es distinta a la forma en que fue requerida, con lo cual se vulnera lo establecido en el quinto párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia que indica: *“No se podrá negar información cuando se solicite que esta sea entregada en una determinada forma o medio (...)”*

Por su parte, el literal f) del artículo 10 del Reglamento de la Ley de Transparencia³, señala que, en la solicitud de acceso a la información, los ciudadanos podrán considerar opcionalmente, la forma o modalidad en la que prefieren que la entidad les entregue la información requerida; y el artículo 12 de la misma norma precisa que *“(...) La solicitud de información podrá responderse vía correo electrónico cuando la naturaleza de la información solicitada y la capacidad de la Entidad así lo permitan. En este caso, no se generará costo alguno al solicitante. La Entidad remitirá la información al correo electrónico que le hubiera sido proporcionado (...)”* (Subrayado agregado).

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 072-2023-PCM

En ese marco, correspondía que la entidad remitiera al recurrente la información en la forma solicitada, esto es vía correo electrónico, o sustentara que su capacidad o la naturaleza de la información impedían su entrega por ese medio, lo que en el presente caso no ha ocurrido, ya que si bien indica que por falta de disponibilidad presupuestal no podía adquirir un scanner, no acredita dicha falta de capacidad logística con documentación anterior a la presentación de la solicitud, tal como exige el artículo 15-B del Reglamento de la Ley de Transparencia que señala: "(...) 1. Constituye falta de capacidad logística la carencia o insuficiencia de medios que se requieran para reproducir la información solicitada. (...) Las condiciones indicadas deben constar en cualquier instrumento de gestión o acto de administración interna de fecha anterior a la solicitud, que acrediten las gestiones administrativas iniciadas para atender la deficiencia. (...)”

En tal sentido, se advierte que la entidad, sin sustentar la falta de capacidad logística alegada para no otorgar la información en la forma solicitada, solicitó al recurrente se apersona a recabar la información físicamente, lo cual difiere de la forma en que fue requerida, esto es por correo electrónico, de forma gratuita.

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación, disponiendo que la entidad otorgue la información al recurrente en la forma y medio solicitados, esto es vía correo electrónico, de acuerdo con los considerandos antes expuestos.

Finalmente, de conformidad con 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.

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:

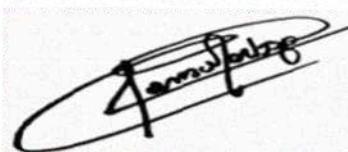
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **LUIS ALBERTO GARCÍA BENITES**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE OLMOS** que entregue la información en la forma y medio solicitados, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, ponga en conocimiento del 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 OLMOS** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 1 de la presente resolución.

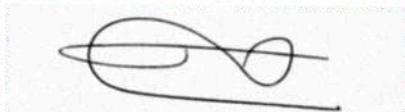
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **LUIS ALBERTO GARCÍA BENITES** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE OLMOS**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes citada.

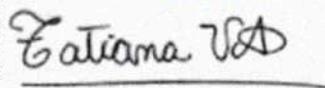
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
VOCAL PRESIDENTE



LUIS GUILLERMO AGURTO VILLEGAS
VOCAL



TATIANA AZUCENA VALVERDE ALVARADO
VOCAL

vp:tava/micr