



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 002452-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 01867-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **GUADALUPE ISABEL ROJAS TERRIS**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE COMAS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 12 de julio de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01867-2023-JUS/TTAIP de fecha 7 de junio de 2023, interpuesto por **GUADALUPE ISABEL ROJAS TERRIS** contra la Carta N° 416-2023-AIP-OGAC/MDC de fecha 26 de mayo de 2023, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE COMAS** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada mediante Registro N° 26034 de fecha 22 de mayo de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 22 de mayo de 2023 la recurrente solicitó a la entidad la siguiente documentación:

“COPIA DE LA RELACIÓN DE EXPS: PARA RENOVACIÓN DE DEF. CIVIL Y LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO PARA RIESGO ALTO Y MUY ALTO DEL 03 ENE 2023 AL 22 MARZO 2023” (sic)

Mediante Carta N° 416-2023-AIP-OGAC/MDC de fecha 26 de mayo de 2023, la entidad denegó el requerimiento de la administrada, señalando lo siguiente:

“(…) en virtud a lo prescrito en el Informe N° 0094-2023-SGGRD-GGTDE/MDC, la Subgerencia de Gestión del Riesgo de Desastres señala que “con el fin de garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y el cumplimiento de las obligaciones de transparencia de la entidad cumpla con informarle que se ubicó el expediente N° 21889-2023, el mismo que se encuentra en proceso de inspección, motivo por el cual no se le puede remitir dicha información”

Con fecha 6 de junio de 2022 la administrada interpuso el recurso de apelación¹ materia de análisis, alegando lo siguiente:

¹ Se precisa que el recurso de apelación presentó su recurso de apelación ante la entidad, habiendo sido elevado mediante Oficio N° 22-2023-AIPOGAC/MDC con fecha 7 de junio de 2023.

“La información solicitada no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos como datos personales (...) [e]n el caso, de que la entidad municipal haya considerado que la documentación solicitada contiene información de carácter público e información personal protegida, tiene la obligación de discriminar aquella prohibida (...)”.

A través de la Resolución N° 002182-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA² se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la presentación del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública, así como la formulación de sus descargos. Al respecto, mediante Oficio N° 29-2023-AIP-OGAC/MDC ingresado con fecha 7 de julio de 2023, la entidad se limitó a remitir el expediente requerido sin formular descargo alguno.

No obstante, como parte del expediente la entidad adjuntó el Informe N° 0095-2023-SGGRD-GGTDE/MDC de fecha 25 de mayo de 2023, a través del cual la Subgerencia de Gestión de Riesgos de Desastres invoca la excepción relativa al secreto comercial regulada en el numeral 2 del artículo 17 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-JUS³, señalando lo siguiente:

“Al respecto con el fin de garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y el cumplimiento de las obligaciones de transparencia de la entidad, cumpla con infórmele que el T.U.O. de la Ley N° 27806 en su artículo 13° de su tercer párrafo, establece que; La solicitud de información no implica obligación de la entidad de la Administración Pública de crear o producir información con la que cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. (...) Asimismo, el numeral 2 del artículo 17 de la precitada norma, establece que; La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente. (el subrayado es nuestro) Ante lo descrito, el pedido de la administrada no cuenta con una expresión de causa tal como lo establece el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, otro motivo para denegarle la solicitud, es que no se puede crear una relación expediente de renovación ITSE para nivel de riesgo alto y muy alto, siendo que dicha información se encuentra en el sistema GESDOC y al seleccionarla se estaría creando o producir información, algo que está prohibido expresamente en el artículo 13 de la mencionada Ley.”

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.

En este marco, el artículo 3 de la Ley de Transparencia 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.

² Resolución notificada a la entidad el 6 de julio de 2023, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia.

³ En adelante, Ley de Transparencia.

Además, 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; 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.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo, 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.

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁴, 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 indicar obligatoriamente las excepciones y las razones de hecho que motivan dicha denegatoria.

2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la denegatoria de la solicitud de la recurrente se encuentra conforme a ley.

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.

⁴ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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”.

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.

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.

Igualmente, el artículo 118 *in fine* 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.

De autos se observa que la recurrente solicitó *“COPIA DE LA RELACIÓN DE EXPS: PARA RENOVACIÓN DE DEF. CIVIL Y LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO PARA RIESGO ALTO Y MUY ALTO DEL 03 ENE 2023 AL 22 MARZO 2023”*, siendo que la entidad denegó dicho requerimiento, señalando que se habría ubicado un expediente que no se podría entregar por encontrarse en proceso de inspección.

Por su parte, la administrada interpuso el recurso de apelación materia de análisis, alegando que la información requerida no se encuentra en ningún supuesto previsto como dato personal, precisando que en caso se tenga información personal protegida la entidad debería entregar la información de naturaleza pública.

A nivel de sus descargos, la entidad invocó la excepción relativa al secreto comercial regulada en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, precisando que la petición de la recurrente no cuenta con expresión de causa y que la información requerida se encuentra en el “sistema GESDOC y al seleccionarla se estaría creando o producir información, algo que está prohibido expresamente en el artículo 13” de la Ley de Transparencia.

Sobre el particular, en primer lugar, se debe precisar el contenido del numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el cual prescribe lo siguiente:

“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:

(...)

2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.

(...)” (subrayado agregado).

Con relación a ello, se debe puntualizar que la entidad no ha cumplido con acreditar la excepción alegada, conforme lo exige el 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).

Sin perjuicio de ello, a modo ilustrativo, este Colegiado considera necesario puntualizar que con relación al secreto comercial, en el Fundamento 28 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03994-2012-PHD/TC, el Tribunal Constitucional determinó que el acceso a la información pública tiene, entre otros límites, el secreto comercial, conforme a la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado:

“28. No obstante lo dicho, cabe aclarar que respecto de las empresas estatales el derecho de acceso a la información pública también cuenta con algunos límites en virtud de las particularidades que conlleva la forma empresarial. Es así que en la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1031 se señala expresamente que la información confidencial de las empresas del Estado comprende también el secreto comercial así como toda aquella información cuya divulgación puede ocasionar un perjuicio a la empresa.” (subrayado agregado)

En la misma línea, el numeral 40.2 del artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵, referido a la información confidencial, establece que se declarará la reserva de la información protegida por el secreto comercial, entre otros supuestos, siempre que dicha información:

- a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;*
- b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,*
- c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.”⁶*

Asimismo, conforme a los Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, aprobados mediante la Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI⁷, se considera al secreto comercial como *“aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad económica de la empresa la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a ella. Por ejemplo, constituye secreto comercial la información relativa a la estrategia competitiva, la estructura de costos, los términos de negociación y las condiciones contractuales acordadas, entre otros.”⁸* (subrayado agregado)

Por lo antes mencionado, se concluye que el secreto comercial protege aquella información empresarial usada en negocios, industria o práctica profesional, que tiene valor comercial, efectivo o potencial y cuya divulgación puede ocasionar un perjuicio a la empresa.

En tal virtud, este Tribunal advierte que la entidad no ha detallado cómo es que la información requerida tiene valor comercial, efectivo o potencial y cómo su divulgación podría ocasionar un perjuicio determinado, habiéndose limitado a citar el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; ello a pesar de tener la carga de la prueba, según los argumentos previamente expuestos.

Por otro lado, este Colegiado aprecia que en el Informe N° 0095-2023-SGGRD-GGTDE/MDC, la entidad refirió que *“el pedido de la administrada no cuenta con una expresión de causa tal como lo establece el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución”*, al respecto esta instancia considera necesario enfatizar que el derecho de acceso a la información pública se ejerce sin la necesidad de expresar causa alguna, conforme a lo establecido por la propia disposición constitucional invocada por la entidad, por lo que lo indicado en dicho extremo no tiene sustento.

Sin perjuicio de ello, en la medida que la recurrente ha solicitado información agrupada en determinados criterios, conforme a lo detallado en su petición informativa, y la entidad ha alegado que la información requerida se encuentra en el *“sistema GESDOC y al seleccionarla se estaría creando o producir*

⁵ En adelante, Decreto Legislativo N° 1044.

⁶ El artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, establece requisitos similares.

⁷ Cabe señalar que dicha comisión recoge el concepto de secreto comercial señalado por la Comisión de Libre Competencia en la Resolución N° 005-99-INDECOPI/CLC del 18 de agosto de 1999, en los siguientes términos: *“Debe entenderse por secreto comercial toda aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a éstas a mantenerla en reserva fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa, tales como los aspectos relativos a la estrategia competitiva, el conocimiento adquirido sobre el negocio, la estructura de costos, relación de clientes, etc.”*

⁸ Páginas 5 y 6.

información”, es preciso destacar lo establecido en el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, conforme al cual 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 mismo sentido, conforme al cuarto párrafo de la misma norma el derecho de acceso a la información pública no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean. Asimismo, indica dicha norma que 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.

Finalmente, el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que el procesamiento de datos preexistente consiste en la presentación de la información bajo cualquier forma de clasificación, agrupación o similar que permita su utilización, y que dicho procesamiento opera respecto de información contenida en una base de datos electrónica, o cuando la entidad tenga la obligación de gestionar la información en una base de datos electrónica.

Conforme a las normas citadas, el derecho de acceso a la información pública solo implica la obligación de la entidad de entregar la información con la que cuente o se encuentre obligada a contar, por lo que no tiene el deber de crear información, ni efectuar análisis o evaluaciones de la información con la que cuenta.

No obstante ello, dicha normativa ha establecido un supuesto en el cual es posible que la entidad entregue información que suponga una agrupación de la misma, bajo algún criterio de clasificación, supuesto al que ha denominado “procesamiento de datos preexistentes”. Sin embargo, ha sujetado la aplicación de dicho procesamiento por parte de una entidad a dos condiciones: i) la primera, que dicho procesamiento se efectúe en base a “datos preexistentes”, es decir, que no tengan que recolectarse o generarse nuevos datos para que pueda realizarse el procesamiento de información, y ii) la segunda, que dicho procesamiento se realice conforme a lo indicado en la norma reglamentaria correspondiente, la cual en este caso ha establecido que para que se realice dicho procesamiento la entidad debe contar o estar obligada a contar con una base de datos electrónica a partir de la cual pueda efectuar dicha operación.

Es decir, en los casos en que el solicitante pretenda acceder a información agrupada bajo algún criterio de clasificación, la entidad debe entregarla siempre que cuente o se encuentre obligada a contar con una base de datos electrónica de la cual pueda extraer la información solicitada, y siempre que dicho procesamiento de información no suponga la recolección o generación de nueva información.

En el caso de autos, en sus descargos, la entidad ha indicado que la información se encuentra en el sistema GESDOC, de lo cual se colige que sí cuenta con una base de datos electrónica de la cual pueda extraer la información solicitada; lo cual no constituye creación ni análisis de información, conforme la normativa previamente citada.

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación y disponer la entrega a la recurrente de la información requerida.

Finalmente, de conformidad con los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

De conformidad con lo dispuesto 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;

SE RESUELVE:

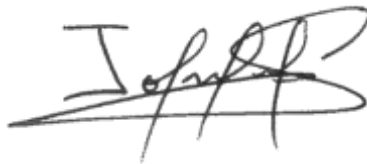
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 01867-2023-JUS/TTAIP, interpuesto por **GUADALUPE ISABEL ROJAS TERRIS**, **REVOCANDO** la Carta N° 416-2023-AIP-OGAC/MDC de fecha 26 de mayo de 2023; en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE COMAS** que entregue la información requerida por la administrada, 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 COMAS** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite 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 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 **GUADALUPE ISABEL ROJAS TERRIS** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE COMAS** de conformidad con lo dispuesto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes indicada.

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



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal Presidente



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal



VANESA VERA MUENTE
Vocal

vp: vlc