



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 002147-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 01563-2023-JUS/TTAIP
Impugnante : **ERNESTO ALONSO CABRAL MEJÍA**
Entidad : **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 20 de junio de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01563-2023-JUS/TTAIP de fecha 17 de mayo de 2023, interpuesto por **ERNESTO ALONSO CABRAL MEJÍA** contra la Carta N° D000113-2023-MML-OSGC-FREI de fecha 15 de mayo de 2023, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 21 de abril de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2023, el recurrente solicitó se le remita a su correo electrónico: *“COPIA DE TODOS LOS DICTÁMENES EMITIDOS POR LA COMISIÓN METROPOLITANA DE DESARROLLO URBANO, VIVIENDA Y NOMENCLATURA DESDE EL 1 DE ENERO DEL 2023 HASTA EL 21 DE ABRIL DEL 2023”*.

A través de la Carta N° D000113-2023-MML-OSGC-FREI de fecha 15 de mayo de 2023, la entidad remitió al recurrente el Memorando N° D000179-2023-MML-SGC-SAC de fecha 27 de abril de 2023, que lleva adjunto el Informe N° D000195-2023-MML-SGC-SAC-CMDUVN de fecha 26 de abril de 2023, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura, la cual brindó atención al requerimiento del administrado, invocando la excepción regulada en el numeral 1 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-JUS¹ y señaló lo siguiente:

“Teniendo en cuenta lo expuesto, debo informar que durante el lapso de tiempo señalado, se han emitido 18 dictámenes de los cuales solo seis (06) dictámenes cuentan con norma aprobada por el Concejo Metropolitano de Lima, los cuales paso a remitir en copia simple de manera digital para los fines correspondientes según lo detallado en el siguiente cuadro.

DICTAMEN	NORMA APROBADA
DICTAMEN N° 001-2023-MML-CMDUVN (03/02/2023)	ACUERDO DE CONCEJO N° 26-2023

¹ En adelante, Ley de Transparencia.

DICTAMEN N° 002-2023-MML-CMDUVN (06/03/2023)	ORDENANZA N° 2533-2023
DICTAMEN N° 003-2023-MML-CMDUVN (06/03/2023)	ORDENANZA N° 2534-2023
DICTAMEN N° 004-2023-MML-CMDUVN (20/03/2023)	ORDENANZA N° 2539-2023
DICTAMEN N° 008-2023-MML-CMDUVN (27/03/2023)	ORDENANZA N° 2541-2023
DICTAMEN N° 018-2023-MML-CMDUVN (17/04/2023)	ORDENANZA N° 2542-2023

(...)"

Con fecha 17 de mayo de 2023 el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, alegando que se ha incumplido con la normativa sobre acceso a la información pública en la denegatoria de los doce (12) dictámenes que no fueron objeto de entrega.

Mediante la Resolución N° 001920-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA² se admitió a trámite el citado recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la referida solicitud, así como la formulación de sus descargos. Al respecto, mediante Oficio N° 75-2023-MML-OSGC-FREI ingresado con fecha 15 de junio de 2023, le entidad reiteró que se brindó la información requerida mediante la Carta N° D000113-2023-MML-OSGC-FREI.

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.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Transparencia establece que por el principio de publicidad 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 de dicho principio.

Así también, el artículo 10 de la citada ley señala 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 debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley.

Además, el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

² Resolución notificada a la entidad con fecha 14 de junio de 2023, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia.

Asimismo, resulta oportuno precisar que la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, establece que constituye una excepción al derecho de acceso a la información pública, *“La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones”*.

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, 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 respectivas contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la información que no fue entregada al administrado, se encuentra protegida por la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Conforme con lo dispuesto por las normas citadas y en aplicación del Principio de Publicidad, toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública contenida en documentos escritos o en cualquier otro formato es de acceso público, por lo que las restricciones o excepciones injustificadas a su divulgación menoscaban el derecho fundamental de toda persona al acceso a la información pública.

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.° 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”*.

En ese contexto, 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

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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.

Siendo ello así, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de la administración pública, de modo que la información que las 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.

Ahora bien, en el caso de autos el recurrente solicitó: “*COPIA DE TODOS LOS DICTÁMENES EMITIDOS POR LA COMISIÓN METROPOLITANA DE DESARROLLO URBANO, VIVIENDA Y NOMENCLATURA DESDE EL 1 DE ENERO DEL 2023 HASTA EL 21 DE ABRIL DEL 2023*”. Al respecto, mediante el Informe N° D000195-2023-MML-SGC-SAC-CMDUVN, la entidad señaló que se han emitido dieciocho (18) dictámenes, puntualizando que solo seis (6) de estos cuentan con norma aprobada por el Concejo Metropolitano de Lima, habiéndosele brindado los mismos al recurrente; siendo que la entidad invocó la excepción regulada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia en cuanto a los doce (12) documentos que no fueron entregados, aspecto que fue reiterado a nivel de sus descargos.

Por su parte, el administrado interpuso el recurso de apelación materia de análisis, alegando que se ha incumplido con la normativa sobre acceso a la información pública en la denegatoria de los doce (12) dictámenes que no fueron objeto de entrega.

En ese sentido, toda vez que la entidad no ha negado la posesión de la información, sino más bien ha alegado que la misma tiene carácter confidencial, corresponde realizar un análisis a la luz de las disposiciones de la Ley de Transparencia.

Sobre el particular, el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de: “*La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones*” (subrayado agregado).

Al respecto, cabe señalar que el hecho de que un asunto se encuentre aún en una fase de deliberación o en el marco de un procedimiento en trámite, sin que se haya adoptado una decisión final respecto de él, no es el único elemento a considerar para que una información se encuentre protegida por la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sino que

en dicha causal existen otros elementos que también deben ser considerados para configurar dicho supuesto.

Así, la Ley de Transparencia establece dos supuestos respecto del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, conforme se detalla a continuación:

1. El primer párrafo, regula la imposibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información pública cuando el requerimiento esté referido a información que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, ya sea de aquella información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones, salvo que dicha información sea pública.
2. El segundo párrafo, establece que, culminado el proceso deliberativo y consultivo, con la emisión de la decisión de gobierno, la excepción de confidencialidad cesa, siempre y cuando, la entidad de la Administración Pública haga referencia en forma expresa a los consejos, recomendaciones u opiniones.

Así, para que se configure la aludida causal no es suficiente la mera invocación del dispositivo legal correspondiente, sino que es necesario establecer si la información solicitada contiene consejos, recomendaciones u opiniones relativos a la adopción de la decisión, y que dicha decisión tenga la característica de una “decisión de gobierno”.

En dicha línea, el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00712-2007-PHD/TC, lo siguiente:

“4. La demandada ha afirmado que la denegatoria de la información solicitada se sustenta en que se trata de información exceptuada de acceso, conforme lo establece el artículo 17, inciso 1), de la citada Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública. Según esta disposición se exceptúa de acceso la información:

“(…) que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones” (cursiva añadido).

El concepto central de esta disposición es la de “decisión de gobierno”. Están exceptuados entonces los documentos del proceso de deliberación y de consulta anterior a la adopción de una decisión de gobierno” (subrayado agregado).

Respecto a la referida excepción, cabe señalar que, según Úrsula Indacochea, esta tiene como propósito *“(…) proteger la calidad de las decisiones gubernamentales, permitiendo que los funcionarios puedan hacer un libre intercambio de ideas y comentarios y plasmarlos en documentos preliminares, y que puedan explorar en debates internos las distintas alternativas de actuación sin miedo al escrutinio público (...)*⁴ (subrayado agregado).

Asimismo, respecto al concepto de decisiones gubernamentales Cassagne señaló:

⁴ INDACOCHEA, Úrsula. “La protección de las deliberaciones previas a una decisión de gobierno en la administración pública (parte I)”. En Suma Ciudadana. Disponible en: <https://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/02/la-proteccion-de-las-deliberaciones-previas-a-una-decision-de-gobierno-en-la-administracion-publica-parte-i/>. Consulta realizada el 17 de junio de 2022.

“(...) la denominada función política o de gobierno, [está] referida a la actividad de los órganos superiores del Estado en las relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones que organiza la Constitución y a la actuación de dichos órganos como representantes de la nación en el ámbito internacional. (...) Con un sentido similar la función de gobierno ha sido caracterizada como aquella actividad de los órganos del Estado, supremos en la esfera de sus competencias, que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad o paz (...)”⁵ (subrayado agregado).

En ese sentido, el primer párrafo del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece la excepción del acceso a la documentación que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de la decisión de gobierno, pero únicamente respecto de la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones previos a la emisión de una decisión de gobierno.

De allí que, dentro del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, aparte de la información protegida conforme a los fundamentos antes expuestos, también existe información que es de naturaleza pública y puede ser entregada en el marco del derecho de acceso a la información pública.

De autos se aprecia que, en la respuesta brindada al recurrente mediante el Informe N° D000195-2023-MML-SGC-SAC-CMDUVN, la entidad únicamente invocó el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, puntualizando lo siguiente: *“(...) se han emitido 18 dictámenes de los cuales solo seis (06) dictámenes cuentan con norma aprobada por el Concejo Metropolitano de Lima, los cuales paso a remitir en copia simple de manera digital (...)”*.

En tal virtud, la entidad no ha cumplido con realizar fundamentación alguna respecto a si la información requerida contiene consejos, recomendaciones u opiniones relativos a la adopción de una decisión de gobierno, limitándose únicamente a indicar que los dictámenes que fueron objeto de entrega son los que cuentan con norma aprobada por el Concejo Metropolitano de Lima.

Al respecto, esta instancia enfatiza que la propia entidad reconoce la existencia de un total de dieciocho (18) dictámenes de acuerdo al requerimiento formulado por el administrado en el caso de autos.

En ese sentido, este Colegiado advierte que la entidad no ha acreditado la excepción regulada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por lo que se concluye que la presunción de publicidad que pesa sobre toda información en poder del Estado se mantiene vigente al no haber sido desvirtuada por la entidad.

Asimismo, es necesario enfatizar que el derecho de acceso a la información pública no sólo implica el deber del Estado de publicitar sus actos promoviendo una cultura de transparencia conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley de Transparencia, sino que también genera la obligación de otorgar al solicitante información clara, precisa, completa y actualizada, y en consecuencia, que no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa, conforme lo señaló el

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *“Derecho administrativo”*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, página 119.

Tribunal Constitucional en el Fundamento 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01797-2002-HD/TC:

“Como ya se ha dejado entrever, a juicio del Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa” (subrayado agregado).

En el mismo sentido, resulta ilustrativo el criterio expresado por el Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de México – INAI, en las resoluciones RRA 0003/16 (Comisión Nacional de las Zonas Áridas, 29 de junio de 2016), RRA 0100/16 (Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación, 13 de julio de 2016), y RRA 1419/16 (Secretaría de Educación Pública, 14 de setiembre de 2016): *“Para el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información, la congruencia implica que exista concordancia entre el requerimiento formulado por el particular y la respuesta proporcionada por el sujeto obligado; mientras que la exhaustividad significa que dicha respuesta se refiera expresamente a cada uno de los puntos solicitados. Por lo anterior, los sujetos obligados cumplirán con los principios de congruencia y exhaustividad, cuando las respuestas que emitan guarden una relación lógica con lo solicitado y atiendan de manera puntual y expresa, cada uno de los contenidos de información”* (subrayado agregado).

Por consiguiente, la solicitud de acceso a la información pública debe atenderse en sus propios términos (principio de congruencia), entregando, en caso de corresponder, los documentos requeridos en la misma, y no una información genérica, distinguiendo cada ítem solicitado por el administrado, en caso ello corresponda.

En atención a lo expuesto, se advierte de autos que el recurrente solicitó todos los dictámenes emitidos en el periodo señalado en su petición informativa, siendo que la entidad a través del Informe N° D000195-2023-MML-SGC-SAC-CMDUVN únicamente le remitió seis (6) dictámenes de los dieciocho (18) que se emitieron en dicho lapso de tiempo; por lo que se infiere que la respuesta de la entidad no es completa ni precisa, conforme a la jurisprudencia previamente anotada.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación, ordenando a la entidad que brinde la información requerida por el recurrente de manera completa, conforme a las consideraciones previamente expuestas.

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:

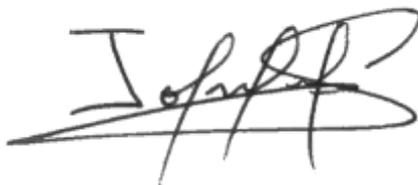
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **ERNESTO ALONSO CABRAL MEJÍA**, **REVOCANDO** la Carta N° D000113-2023-MML-OSGC-FREI de fecha 15 de mayo de 2023, emitida por la **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue al recurrente la información requerida, conforme a lo expuesto 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 a la **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **ERNESTO ALONSO CABRAL MEJÍA**.

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 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 **ERNESTO ALONSO CABRAL MEJÍA** y a la **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA** de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la norma señalada en el artículo precedente.

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