



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 001609-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01496-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **AUGUSTO MANUEL CHAVEZ PEÑA**
Entidad : **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**
Sumilla : Declara infundado recurso de apelación

Miraflores, 19 de junio de 2023

VISTO: El expediente de Apelación N° 01496-2023-JUS/TTAIP, de fecha 11 de enero de 2023, interpuesto por **AUGUSTO MANUEL CHAVEZ PEÑA**, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo, de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** con fecha 22 de diciembre de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 22 de diciembre de 2022 el recurrente solicitó a la entidad remita la siguiente información:

- *“Copia de la Resolución por la que el Titular de la Contraloría General de la República dispone la compensación de las horas dejadas de trabajar por mandato del Decreto Supremo No. 033-2022-PCM, en la forma que expresa el Comunicado Interno remitido por la Subgerencia de Personal y Compensaciones, el pasado 28 de septiembre a través del correo institucional”.*
- *Copia de la Hoja Informativa, Hoja de Evaluación o documento en el que se sustenta la manera de recuperar las horas dejadas de laborar, en la forma que expresa el Comunicado Interno remitido por la Subgerencia de Personal y Compensaciones, el pasado 28 de septiembre a través del correo institucional”.*

A través de escrito de fecha 11 de enero de 2023 el solicitante interpone recurso de apelación contra la denegatoria por silencio administrativo negativo, de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la Contraloría General de la República.

Mediante correo electrónico de fecha 12 de enero de 2023, la entidad, dio respuesta a la solicitud de acceso a la información pública de fecha 22 de diciembre de 2022.

Con fecha 12 de mayo 2023 mediante Oficio N° 000145-2023-CG/INAIP, la entidad remite a este Tribunal el recurso de apelación presentado por el administrado.

Mediante Resolución 001420-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹ con fecha 05 de junio de 2023, se admitió a trámite el referido recurso de apelación, solicitando a la entidad la formulación de sus descargos.

Con fecha 13 de junio de 2023, la entidad presenta sus descargos en mérito al requerimiento realizado a través de la Resolución 001420-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA.

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, exceptuando las 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 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 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.

De otro lado, el artículo 13 de la Ley de Transparencia, refiere 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, por lo que 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.

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 al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia consiste en determinar si la entidad cuenta o no con la información solicitada por el administrado.

¹ Resolución de fecha 05 de junio de 2023, notificada a la entidad el 09 de junio de 2023.

² En adelante, Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

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:

“(…)

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 de la información es la excepción.

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD/TC, ha señalado respecto del mencionado Principio de Publicidad lo siguiente:

“(…) Esta responsabilidad de los funcionarios viene aparejada entonces con el principio de publicidad, en virtud del cual toda la información producida por el Estado es, prima facie, pública. Tal principio a su vez implica o exige necesariamente la posibilidad de acceder efectivamente a la documentación del Estado”.

Sobre el particular cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que:

“(…)

5. *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 que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.” (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:

“(...)

13. (...) 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)

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 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 presente caso se advierte de autos que, con fecha 22 de diciembre de 2022, el recurrente solicitó a la entidad se le remita los siguientes documentos:

- “Copia de la Resolución por la que el Titular de la Contraloría General de la República dispone la compensación de las horas dejadas de trabajar por mandato del Decreto Supremo No. 033-2022-PCM, en la forma que expresa el Comunicado Interno remitido por la Subgerencia de Personal y Compensaciones, el pasado 28 de septiembre a través del correo institucional”.
- Copia de la Hoja Informativa, Hoja de Evaluación o documento en el que se sustenta la manera de recuperar las horas dejadas de laborar, en la forma que expresa el Comunicado Interno remitido por la Subgerencia de Personal y Compensaciones, el pasado 28 de septiembre a través del correo institucional”.

Posteriormente, a través de escrito de fecha 11 de enero de 2023 el solicitante interpone recurso de apelación contra la denegatoria por silencio administrativo negativo, de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la entidad.

Ahora bien, mediante correo electrónico de fecha 12 de enero de 2023, un día después de planteado el recurso de apelación, la entidad dio respuesta a la solicitud de acceso a la información pública de fecha 22 de diciembre de 2022 en mérito al Memorando N° 004185-2022-CG/INAIP y al Memorando N° 003522-2022-CG/PER: en este último se indica lo siguiente:

“En cuanto al pedido, debemos traer a colación el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, modificado por el Decreto Legislativo N° 1353, el cual 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. Esta Ley no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean (...)

Del citado artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, se deduce que el espíritu de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, no es crear o producir información con la que no se cuente; en ese sentido, debemos indicar que no existe obligación legal para la emisión de los documentos solicitados por el administrado, siendo preciso señalar que el comunicado se sustenta en el mandato imperativo de la norma, es decir, en el Decreto Supremo N° 33-2022-PCM y las normas de SERVIR.”(subrayado agregado)

Mediante el Oficio N° 000145-2023-CG/INAP la entidad eleva a este Tribunal el recurso de apelación contra la denegatoria de acceso a la información pública de Augusto Manuel Chávez Peña del Expediente N° 24-2022-07016 y adjunta el expediente administrativo.

Con fecha 13 de junio de 2023, la entidad formuló sus descargos, señalando: “(...) De acuerdo al lineamiento resolutivo 20, de los Lineamientos Resolutivos del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobados por Resolución de Sala Plena N° 000001-2021-SP1, “después de presentado un recurso de apelación, sea ante la entidad o ante esta instancia, las entidades tienen siempre habilitada la posibilidad de reevaluar la denegatoria y, de ser el caso, variar la mencionada denegatoria por la entrega de la información solicitada, la cual deberá realizarse de manera completa así como en la forma y modo requerido, operando en tales casos la sustracción de la materia. Para acreditar dicha sustracción, la entidad deberá remitir ante esta instancia:

- *En el caso de la entrega física, el cargo de recepción de la documentación solicitada o del documento mediante el cual se pone a disposición del solicitante lo requerido.*
- *En el supuesto de que el solicitante haya autorizado la remisión de la información por correo electrónico, el acuse de recibido por parte del destinatario de la comunicación o alternativamente la respuesta automática generada por la plataforma tecnológica o sistema informático que garantice su realización”.*

(...)

En consecuencia, se concluye que, como entidad hemos acreditado la entrega de la información solicitada; por lo tanto, solicitamos se declare improcedente el recurso de apelación por sustracción de la materia y concluido el presente procedimiento”.

En dicho contexto, corresponde determinar si la respuesta brindada por la entidad es conforme a la normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública.

Cabe señalar que, según lo establecido en el artículo 13 de Ley de Transparencia 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.

Es preciso destacar que conforme al Precedente Vinculante emitido por este Tribunal en el Expediente N° 0038-2020-JUS/TTAIP y publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 11 de febrero de 2020 y en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos³, “cuando las entidades deniequen el acceso a la información pública en virtud a la inexistencia de la información requerida, deberán previamente verificar mediante los requerimientos a las unidades orgánicas que resulten pertinentes si la información: i) fue generada por la entidad; y ii) si ha sido obtenida, se encuentra en su posesión o bajo su control; asimismo, luego de descartar ambos supuestos, deberán comunicar de manera clara y precisa, dicha circunstancia al solicitante” (subrayado agregado).

De este modo, se concluye que, cuando una entidad recibe una solicitud de acceso a la información pública y cuenta con la información requerida, debe entregarla al administrado, o cuando no cuente con ella debe informar al recurrente de manera clara, precisa y detallada acerca de la imposibilidad de brindársela.

En el presente caso, se tiene de los documentos tenidos a vista que el administrado (trabajador de la entidad) recibió de la entidad a través de correo institucional un **COMUNICADO** interno remitido por la Subgerencia de Personal y Compensaciones de la Gerencia de Capital Humanos en mérito al Decreto Supremo N° 33-2022-PCM.

Ahora bien, teniendo en cuenta ello, la entidad comunicó al administrado, por cierto, fuera de plazo, que no generó ninguna documentación en relación a la solicitud de acceso a la información pública de fecha 22 de diciembre de 2022, indicando que: *“no existe obligación legal para la emisión de los documentos solicitados por el administrado, siendo preciso señalar que el comunicado se sustenta en el mandato imperativo de la norma, es decir, en el Decreto Supremo N° 33-2022-PCM y las normas de SERVIR”*.

Es preciso citar los artículos 2 y 3 del Decreto Supremo N° 033-2022-PCM, Decreto Supremo que declaró días no laborables para los trabajadores del sector público a nivel nacional, en donde se dispuso lo siguiente:

“Artículo 2.- Compensación de horas Las horas dejadas de laborar durante los días no laborables establecidos en el artículo precedente serán compensadas en los diez (10) días inmediatos posteriores, o en la oportunidad que establezca el titular de cada entidad pública, en función a sus propias necesidades.

³ En el siguiente enlace: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/02/Resolucio%CC%81n-N%C2%B0010300772020.pdf>.

Artículo 3.- Provisión de servicios indispensables Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes, los titulares de las entidades del sector público adoptarán las medidas necesarias para garantizar la provisión de aquellos servicios que sean indispensables para la sociedad, durante los días no laborables establecidos en el presente Decreto Supremo”.

En ese sentido, se debe señalar que según lo indica la entidad solamente remitió un **COMUNICADO** interno de la Subgerencia de Personal y Compensaciones de la Gerencia de Capital Humanos en mérito al Decreto Supremo N° 33-2022-PCM y no generó otro(s) documento(s); por lo que en cumplimiento al Precedente Vinculante emitido por este Tribunal en el Expediente N° 0038-2020-JUS/TTAIP la información pública solicitada a partir de lo manifestado por la entidad resulta inexistente, por lo cual no puede estimarse favorable el recurso presentado.

Que el inciso 9.1 del artículo 9 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, señala que, a efectos de resolver el recurso de apelación sobre entrega de información, el Tribunal solicita a la entidad que remita sus descargos; interviniendo la presente Sala el señor vocal de la Segunda Sala Felipe Johan León Florián, por la abstención concedida a la Señora Vocal Tatiana Valverde Alvarado⁴.

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:

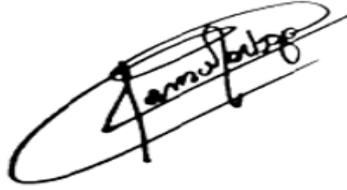
Artículo 1.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **AUGUSTO MANUEL CHAVEZ PEÑA**, conforme a los argumentos expuestos en la presente resolución.

Artículo 2.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

Artículo 3.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **AUGUSTO MANUEL CHAVEZ PEÑA** y a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

Artículo 4.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).

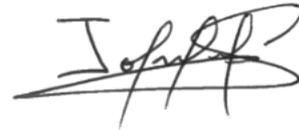
⁴ Abstención aprobada por Resolución N° 000001-2023/JUS-TTAIP-PRESIDENCIA del 17 de abril de 2023.



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



LUIS AGURTO VILLEGAS
Vocal



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

vp:lav