



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 003656-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 03115-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **LESLI JOHANA MALCA RODAS**
Entidad : **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. - EMMSA**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 17 de octubre de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 03115-2023-JUS/TTAIP de fecha 14 de setiembre de 2023, interpuesto por **LESLI JOHANA MALCA RODAS**, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública presentada a la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. - EMMSA**, con fecha 31 de mayo de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 31 de mayo de 2023, la recurrente requirió a la entidad se le brinde la siguiente información: *"SOLICITO QUE SE ME REMITA LAS ORDENES O CARTAS DIRIGIDAS A LA CAJA METROPOLITANA DE LIMA, ENTRE EL DIA 20 Y 31 DE MAYO DE 2023, PARA EL PAGO DE LA PLANILLA DE TRABAJADORES DE EMMSA, PERSONAL TERCERO Y A PROVEEDORES"*. [sic]

Con fecha 14 de setiembre de 2023, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo, la recurrente presentó su recurso de apelación ante esta instancia.

Mediante la RESOLUCIÓN N° 003471-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA, de fecha 2 de octubre de 2023¹, se admitió a trámite el citado recurso impugnatorio y se requirió a la entidad que en un plazo de cuatro (4) días hábiles remita el expediente administrativo correspondiente y formule sus descargos. Frente a ello, con fecha 16 de octubre de 2023, el apoderado de la entidad presentó un escrito mediante el cual elevó el expediente administrativo requerido y solicitó se declare improcedente o infundado el recurso de apelación materia del presente procedimiento en mérito a los siguientes fundamentos:

"(...)

- 2.1. *Con el Acuerdo de Concejo Metropolitano de Lima N° 023 de fecha 26 de enero de 1989 (Anexo 1-C), se acordó aprobar la adquisición de la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. - EMMSA por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima, siendo el objeto de la empresa el de administrar, controlar, supervisar y dirigir los servicios mayoristas existentes en la Provincia de Lima y proporcionar*

¹ Notificada el 11 de mayo de 2023.

- la construcción de nuevos mercados mayoristas con la finalidad que se garantice el abastecimiento de productos alimenticios en general de la ciudad de Lima.
- 2.2. Con fecha 31 de mayo de 2023, a través del correo electrónico jmartinezc@emmsa.com.pe, remitido al Señor Julián Martínez Casanova, Subgerente de Tesorería de EMMSA, la señora LESLI MALCA RODAS con correo electrónico (...), solicitó se remitan las ordenes o cartas dirigidas a la Caja Metropolitana de Lima, entre el día 20 y 21 de mayo de 2023, para el pago de la planilla de trabajadores de EMMSA, personal tercero y a proveedores.
- 2.3. Sobre el particular **según descargo del Señor Julián Martínez Casanova, Subgerente de Tesorería, informa que no respondió al correo porque no era su función facilitar dicha información a terceros ajenos a la empresa por ser información reservada y privilegiada de la entidad.**
- 2.4. Con fecha 04 de julio de 2023, la señora Lesli Malea Rodas, supuestamente reitera su pedido al correo electrónico [REDACTED], para que se le remita la orden o carta dirigida a la Caja Metropolitana de Lima; sin embargo, se advierte de la página web de EMMSA, que no es el correo electrónico de la responsable de acceso a la información pública, por tanto ella nunca tuvo conocimiento de la información requerida por la solicitante.
- 2.5. Con fecha 15 de agosto de 2023, la señora Lesli Malea Rodas, remite a los correos electrónicos: jmartinezc@emmsa.com.pe; y [REDACTED]@gmail.com, en formato PDF el escrito de apelación para que se eleve al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (TTAIP); siendo que el 16 de agosto de 2023, el Subgerente de Tesorería de EMMSA, le da respuesta al correo electrónico: (...), con el siguiente texto: "Este trámite tiene que seguir por la mesa de partes de EMMSA",
- En ese contexto, señor Presidente, se advierte que la solicitante señora Leslie Malca Rodas, no requirió adecuadamente la información solicitada a EMMSA, toda vez, que presentó su solicitud a persona no competente, inclusive remitiendo su solicitud a correos equivocados, cuando lo correcto, es que la recurrente, debió solicitar la información requerida a la Sra. Haydee Elizabeth Gutiérrez Paredes Funcionaria Responsable de Acceso de Información Pública de EMMSA, al correo electrónico: hgutierrezp@emmsa.com.pe; la cual fue designada con:
- (...)
- 2.7. Es preciso hacer de vuestro conocimiento que con relación al supuesto incumplimiento de mi representada, esto no es cierto, toda vez, que la recurrente o administrada no se dirigió a la funcionaria responsable de acceso a la información de EMMSA, por tanto se evidencia a todas luces que nunca esta última tomó conocimiento del requerimiento de la señora Lesli Johana Malea Rojas, como consecuencia de ello, no existe tal incumplimiento, situación que el Tribunal con buen criterio deberá evaluar cómo se han producido los hechos en su real contexto y procederá a desestimar la apelación formulada por la referida persona.
- 2.8. Se debe indicar que la Funcionaria Responsable del acceso a la información, a través del Memorando N° 830-2023-EMMSA-GPPE, refiere que la solicitud presentada por la señora Malca Rodas en ningún momento fue trasladada a este despacho para su atención, precisando que el correo electrónico referido por la administrada, con dominio "Gmail.com" no le pertenece; como consecuencia de ello, el recurso de apelación se encuentra sesgado, toda vez, que nunca hubo incumplimiento de entrega de información pública, evidenciándose que más bien la administrada no recurrió a realizar los trámites normales, sino que presentó su solicitud a correos electrónicos a correos electrónicos de otras personas y no al responsable de acceso a la información pública.
- 2.9. **Sin perjuicio de ello, habiendo mi representada tomado conocimiento de lo requerido por la parte solicitante a través de la resolución materia de autos,**

estamos acompañando la documentación solicitada por la Señora Lesli Johana Malca Rojas, en el presente escrito de descargo, en el plazo otorgado por la Segunda Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

(...)"

(Subrayado agregado)

Asimismo, se aprecia que, conforme lo señaló en su escrito, la entidad elevó a esta instancia los documentos requeridos por la recurrente, esto es, las cartas dirigidas a la Caja Metropolitana requiriendo los abonos correspondientes, conforme al siguiente detalle:

- Carta N° 273 -2023-EMMSA-GAF-SGTE, de fecha 24 de mayo de 2023.
- Carta N° 272-2023 -EMMSA-GAF-SGTE, de fecha 24 de mayo de 2023.
- Carta N° 271-2023 -EMMSA-GAF-SGTE, de fecha 24 de mayo de 2023.

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 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 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 del citado cuerpo normativo dispone 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.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la entidad se encuentra en la obligación de poseer la información solicitada, si ésta es pública; y, en consecuencia, corresponde su entrega a la recurrente.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

² En adelante, Ley de Transparencia.

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”.
(Subrayado agregado)

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:

“(...) 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”.

Asimismo, 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 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 denieguen el acceso a la información pública solicitado por un ciudadano, constituye deber de las entidades acreditar que dicha información corresponde a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 al 17 de la Ley de Transparencia, debido que poseen la carga de la prueba.

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 caso de autos, la recurrente requirió a la entidad la siguiente información: *"SOLICITO QUE SE ME REMITA LAS ORDENES O CARTAS DIRIGIDAS A LA CAJA METROPOLITANA DE LIMA, ENTRE EL DIA 20 Y 31 DE MAYO DE 2023, PARA EL PAGO DE LA PLANILLA DE TRABAJADORES DE EMMSA, PERSONAL TERCERO YA PROVEEDORES"*. No obstante, la recurrente al considerar denegada su solicitud en aplicación del silencio administrativo negativo, presentó el recurso de apelación materia de análisis.

A nivel de descargos, la entidad solicitó a esta instancia que se declare improcedente o infundado el recurso de apelación de la recurrente; ello, en la medida que la administrada formuló su solicitud *"(...) Con fecha 31 de mayo de 2023, a través del correo electrónico jmartinezc@emmsa.com.pe, remitido al Señor Julián Martínez Casanova, Subgerente de Tesorería de EMMSA (...)"*, quien no atendió la solicitud porque no era su función proporcionar "información reservada y privilegiada de la entidad"; asimismo, señala que reitera su solicitud a un correo no institucional y con dominio Gmail, últimos dos (2) correos electrónicos a los cuales se remitió el recurso y se le señaló que dicho documento debe tramitarse a través de la mesa de partes virtual de la entidad; por tal motivo, *"(...) no requirió adecuadamente la información solicitada a EMMSA, toda vez, que presentó su solicitud a persona no competente, inclusive remitiendo su solicitud a correos equivocados (...)"*, en vez de remitirlo al correo electrónico de la Funcionaria Responsable de Acceso de Información Pública. Sin perjuicio de ello, la entidad elevó la documentación requerida por la recurrente contenida en tres (3) cartas de fecha 24 de mayo de 2023.

Finalmente, la entidad agrega en sus descargos que sin perjuicio de lo indicado, habiendo *"(...) tomado conocimiento de lo requerido por la parte solicitante a través de la resolución materia de autos, estamos acompañando la documentación solicitada por la Señora Lesli Johana Malca Rojas, en el presente escrito de descargo, en el plazo otorgado por la Segunda Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública."*; adjuntando a sus descargos, tres (3) cartas dirigidas a la Caja Metropolitana requiriendo los abonos correspondientes.

Siendo ello así, corresponde analizar a esta instancia si el procedimiento para la atención de la solicitud de información de la recurrente se ajusta a la Ley de Transparencia.

a) Sobre la presentación y recepción de la solicitud de información

Al respecto, cabe precisar lo descrito en el literal a) del artículo 11 de la Ley de Transparencia al señalar que: *"Toda solicitud de información debe ser dirigida al funcionario designado por la entidad de la Administración Pública para realizar esta labor. En caso de que este no hubiera sido designado, la solicitud se dirige al funcionario que tiene en su poder la información requerida o al superior inmediato. Las dependencias de la entidad tienen la obligación de encausar las solicitudes al funcionario encargado"*. (subrayado agregado)

En esa línea, el numeral 15-A.1 del artículo 15.A del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, prevé que: “(…) De conformidad con el inciso a) del artículo 11 de la Ley, las dependencias de la entidad encausan las solicitudes de información que reciban hacia el funcionario encargado dentro del mismo día de su presentación, más el término de la distancia, para las dependencias desconcentradas territorialmente”. (subrayado agregado)

En atención a las normas citadas, se advierte que, conforme a los descargos, la entidad ha señalado que el titular del correo electrónico institucional jmartinezc@emmsa.com.pe, ocupa el cargo de Subgerente de Tesorería de la entidad, por tanto, al haber recibido la solicitud de información, se encontraba en la obligación de encausarla, en el día, al funcionario responsable de brindar la información para su atención, a fin de garantizar a plenitud el ejercicio del derecho de acceso a la información pública de la recurrente; en tal sentido, vale indicar que la solicitud materia de análisis surtió efectos desde su presentación o ingreso a la entidad.

Sumado a lo antes expuesto, es de referir que el primer párrafo del artículo 10 del Reglamento de la Ley de Transparencia prevé que: “La solicitud de acceso a la información pública puede ser presentada por cualquier persona natural o jurídica ante la unidad de recepción documentaria de la entidad, a través de su Portal de Transparencia, a través de una dirección electrónica establecida para tal fin o a través de cualquier otro medio idóneo que para tales efectos establezcan las Entidades”.

Asimismo, el último párrafo del artículo en mención establece que “Las formalidades establecidas en este artículo tienen como finalidad garantizar la satisfacción del derecho de acceso a la información pública, por lo que deben interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones del solicitante”. (Subrayado agregado)

Por tanto, la entidad debió realizar las gestiones que correspondan para admitir y dar trámite a la solicitud de acceso a la información pública presentada por la recurrente, teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que esta se encontraba válidamente en la posibilidad de reencauzar la misma hacia el responsable de atender las solicitudes.

b) Sobre la información requerida

Siendo así, se aprecia que mediante sus descargos la entidad ha señalado que la información requerida es reservada y privilegiada, sin embargo, la entidad ha denegado la entrega de la información requerida de manera imprecisa y poco clara, en la medida que alude que la misma es reservada y privilegiada, sin especificar ni sustentar bajo qué causal o causales se encontraría contemplada la información requerida, por lo que su sola mención no es un argumento válido para denegar la información requerida, de conformidad con el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia.

En tal sentido, atendiendo a que la entidad no ha acreditado que dicha documentación se encuentre protegida por alguna excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por la Ley de Transparencia, la

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

Presunción de Publicidad respecto del acceso a dicha documentación se encuentra plenamente vigente.

Asimismo, se aprecia que la entidad también ha indicado en sus descargos que, sin perjuicio de lo indicado, habiendo "(...) tomado conocimiento de lo requerido por la parte solicitante a través de la resolución materia de autos, estamos acompañando la documentación solicitada por la Señora Lesli Johana Malca Rojas, en el presente escrito de descargo, en el plazo otorgado por la Segunda Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.", adjuntando a sus descargos tres (3) cartas dirigidas a la Caja Metropolitana de Lima. No obstante, no se aprecia de autos que la entidad hubiera elevado a esta instancia el respectivo cargo de notificación de dicha información a la recurrente.

Adicionalmente y a mayor abundamiento sobre el carácter público de la información requerida, se aprecia que mediante las tres (3) cartas aludidas por la entidad, se efectúan requerimientos de abonos en cuentas corrientes de la entidad por parte de la entidad a la Caja Metropolitana.

En tal sentido, se concluye que dicha información tiene naturaleza pública, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 10 de la Ley de Transparencia, el cual precisa 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". (subrayado agregado).

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que entregue la información pública solicitada, conforme a los argumentos expuestos en la presente resolución.

Finalmente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, 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.

De conformidad con 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:

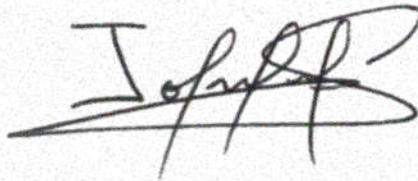
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **LESLI JOHANA MALCA RODAS**, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública y; en consecuencia, **ORDENAR** a la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. - EMMSA** que entregue a la recurrente la información pública solicitada, conforme a los argumentos expuestos en la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. - EMMSA** a efectos de que en un plazo máximo de siete (7) días hábiles acredite la entrega de dicha información a la recurrente **LESLI JOHANA MALCA RODAS**.

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 **LESLI JOHANA MALCA RODAS** y a la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. - EMMSA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

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 MIENTE
Vocal

vp: vwm/idcg