



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010302632019

Expediente : 00279-2019-JUS/TTAIP
Impugnante : **ZENOBIA BERTHA ROJAS ARCE**
Entidad : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 4 de junio de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00279-2019-JUS/TTAIP de fecha 17 de mayo de 2019, interpuesto por la ciudadana **ZENOBIA BERTHA ROJAS ARCE**, contra la Carta N° 201-2019-RAIP-SEGE-MDEA de fecha 7 de mayo de 2019, que contiene el Informe N° 249-2019-GDU-MDEA, mediante el cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO** atendió parcialmente la solicitud de acceso a la información pública presentada por la recurrente el 25 de abril de 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 25 de abril de 2019 la recurrente, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, solicitó a la entidad la entrega de copias de los Expedientes N° 20263-2011 y 2104-2017, así como de la Resolución N° 20-17-SGCHU-GDU.

Mediante Carta N° 201-2019-RAIP-SEGE-MDEA, de fecha 7 de mayo del 2019, la entidad dio respuesta a la recurrente, adjuntando copia de la Resolución N° 020-2017-SGCHU-GDU-MDEA solicitada por la recurrente; asimismo, adjunta copia del Informe N° 249-2019-GDU-MDEA mediante el cual comunica que no se ubicó el Expediente N° 20263-2011¹.

Con fecha 17 de mayo de 2019 la recurrente presentó recurso de apelación contra la carta referida en el párrafo precedente por considerar que la documentación proporcionada es incompleta, requiriendo la entrega de copias de los Expedientes N° 20263-2011 y 2104-2017.

Asimismo, mediante Resolución N° 010102452019² se solicitó a la entidad la formulación de sus descargos, sin que a la fecha haya presentado documentación alguna³.

¹ A través del Informe N° 146-2019-SGCHU-GDU-MDEA.

² De fecha 21 de mayo de 2019.

³ Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes correspondiente al día de hoy.

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.

A su vez, el artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM y sus modificatorias⁴ indica que toda la información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por Ley; que, el Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública; y, que las entidades públicas tienen la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10° del mismo cuerpo legal 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.

De otro lado, el numeral 5 del artículo 17° del citado cuerpo normativo califica como información confidencial, aquella referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar; en ese contexto, el primer párrafo del artículo 18° de la ley aludida señala que los casos establecidos en los artículos 15°, 16° y 17° son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva al constituir una limitación a un derecho fundamental.

De otro lado, el artículo 21° del mismo cuerpo legal establece que es responsabilidad del Estado crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. Asimismo, el artículo 27° del Reglamento de la Ley de Transparencia aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁵, precisa que el responsable del Órgano de Administración de Archivos, quien haga sus veces o el funcionario poseedor de la información, según corresponda, deberán agotar, bajo responsabilidad, todas las acciones que resulten necesarias para recuperar la información afectada por el extravío o la destrucción, extracción, alteración o modificación, indebidas, de la información en poder de las Entidades, así como informar de dicha situación a los solicitantes así como los avances o resultados de las acciones orientadas a recuperar la información o la imposibilidad de brindársela por no haberla podido recuperar.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la entidad ha adoptado las acciones exigidas por la Ley de Transparencia y el Reglamento de la Ley de Transparencia, para los supuestos en que las entidades no ubiquen información en su acervo documentario.

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

⁵ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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 social, 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 referido tribunal se ha expresado respecto al Principio de Publicidad contenido en el artículo 3° de la Ley de Transparencia antes citado, reafirmando que la regla general es la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción, conforme se desprende del Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD/TC, al señalar que:

“(…) 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 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.

Siendo esto así, se advierte que la entidad no ha entregado a la recurrente las copias de los Expedientes N° 20263-2011 y 2104-2017, argumentando que no ha ubicado en sus archivos la documentación requerida. Al respecto, es importante señalar que el artículo 21° de la Ley de Transparencia establece la obligación de las entidades de la administración pública de mantener los registros para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud por parte de los ciudadanos.

Asimismo, el artículo 27° del Reglamento de la Ley de Transparencia prevé el caso de extravío, destrucción, extracción, alteración o modificación de la información de las entidades de la administración pública, estableciendo que, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales, la entidad a través de los responsables deberá agotar todas las acciones que resulten necesarias para recuperar la información afectada. En ese contexto, el último párrafo del artículo en comentario señala la obligación a cargo de la entidad de informar de tal situación al solicitante, así como los avances o resultados de las

acciones orientadas a recuperar la información o la imposibilidad de brindársela por no poder recuperarla.

En cuanto a lo expresado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha desestimado el argumento de la inexistencia de la información para denegar la solicitud de acceso a la información pública, tal como lo ha establecido en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07675-2013-PHD/TC, al señalar lo siguiente:

"(...) en consideración de este Tribunal, esta fundamentación resulta insuficiente a efectos de denegar el requerimiento de información. El artículo 13 del TUO de la Ley 27806, señala que ante la inexistencia de datos, la entidad debe comunicar por escrito tal hecho; sin embargo, esto no implica apelar a la 'no existencia' de dicha información para eludir responsabilidad (véase, STC. Exp. N° 01410-2011-PHD/TC F.J.8). Por ende, es necesario que la Contraloría General de la República agote las diligencias necesarias a efectos de localizar la documentación requerida, más aún si este Tribunal ha verificado de autos que la información solicitada en dichos documentos es de su competencia funcional y se ha elaborado en la propia institución."
(subrayado agregado).

En el mismo sentido, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que no basta con agotar la búsqueda de la información, sino que la entidad debe reconstruirla ante su destrucción o extravío a fin de garantizar este derecho fundamental, conforme se precisa en el Fundamento 8 la sentencia recaída en el Expediente N° 01410-2011-PHD/TC, conforme el siguiente texto:

*"Este Colegiado aprecia que la emplazada intenta eludir dicha responsabilidad apelando a la 'no existencia' de dicha información. Así, adjuntó a la contestación de la demanda el Informe Técnico N° 123-2009-UATyC-GDU-MDP (fojas 81), expedido por la Unidad de Acondicionamiento Territorial y Control Urbano de la Municipalidad Distrital de Punchana, que indica: 'se ha procedido a realizar la respectiva búsqueda en nuestros archivos de los antecedentes que generaron dicho título de propiedad, sin embargo únicamente se encontró una hoja de papel simple que señala que dicho expediente fue retirado con fecha 20/02/2006, para ser anexado al Expediente del Mercadillo Bellavista Nanay; sin embargo realizada la verificación y realizada la revisión en el referido expediente se observa la **NO EXISTENCIA**, de dichos documentos'. Este Tribunal no comparte el criterio de la demandada. Si bien se infiere, del citado documento que la información requerida por los demandantes fue trasladada de un expediente a otro, la conservación de tal información es de responsabilidad de la Municipalidad, por lo que ésta no puede apelar a la 'no existencia' de dicha información para eludir su obligación de entregarla a los actores. Es necesario agotar las diligencias necesarias a efectos de localizar la documentación requerida. En su defecto y de quedar comprobado el extravío de la misma, disponer la reconstrucción del expediente administrativo correspondiente, para luego de ello cumplir con su entrega en copias a los interesados."*
(subrayado agregado).

En relación a lo expuesto, la entidad no ha señalado que la información -que no ha brindado- no se hubiera encontrado bajo su posesión o no tener la obligación de contar con ella; habiéndose limitado a decir que no se ubicó; de igual modo, la entidad tampoco ha informado de las acciones llevadas a cabo para obtener la información o las acciones necesarias para a recuperar la información.

En ese mismo sentido, corresponde que la entidad agote las acciones para recuperar dicha información, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 164.4 del artículo 164° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁶, el cual señala que si un expediente se extraviara, la Administración tiene la obligación de reconstruir el mismo, independientemente de la solicitud del interesado⁷.

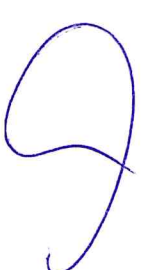
De otro lado, se advierte de autos que la entidad no ha argumentado razón por la cual la información solicitada debe ser considerada secreta, reservada o confidencial, es decir, no ha cuestionado el carácter público de la información, conforme lo exige el Tribunal Constitucional en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, la cual precisa:

"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 confirmarse su inconstitucionalidad; y, consecuentemente, la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado".
(subrayado agregado)

De esta manera, al no haber cuestionado la entidad el carácter público de la información requerida, corresponde estimar el recurso de apelación formulado por la recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información requerida, dentro del marco de la Ley de Transparencia⁸.



Finalmente, de conformidad con el artículo 30° 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 lo dispuesto por el artículo 6° y en el numeral 1 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1353;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **ZENOBIA BERTHA ROJAS ARCE**, contra la denegatoria de la solicitud de acceso a la información pública dispuesto por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO** mediante la



⁶ En adelante, Ley N° 27444.

⁷ "Artículo 164.- Intangibilidad del expediente

164.4 Si un expediente se extraviara, la administración tiene la obligación, bajo responsabilidad de reconstruir el mismo, independientemente de la solicitud del interesado, para tal efecto se aplicarán, en lo que le fuera aplicable, las reglas contenidas en el artículo 140 del Código Procesal Civil".

⁸ Salvaguardando únicamente aquella información que se encuentre inmersa dentro de las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia.

Carta N° 201-2019-RAIP-SEGE-MDEA; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 27° de la Ley de Transparencia, para garantizar el derecho de acceso a la información pública de la recurrente, conforme a los parámetros expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO** a efectos de que en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles acredite la entrega de dicha información a la recurrente **ZENOBIA BERTHA ROJAS ARCE**.

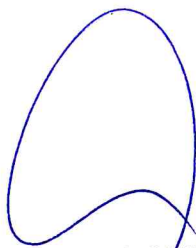
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a la ciudadana **ZENOBIA BERTHA ROJAS ARCE** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**, de conformidad con lo previsto en el numeral 16.1 del artículo 16° de la norma antes citada.

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



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: uzb