



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010304622019

Expediente : 00519-2019-JUS/TTAIP
Impugnante : **MARÍA OLGA CORTEZ QUILICHE**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTIAGO DE SURCO**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 15 de agosto de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00519-2019-JUS/TTAIP de fecha 22 de julio de 2019, interpuesto por **MARÍA OLGA CORTEZ QUILICHE**, contra la respuesta contenida en el correo electrónico de fecha 8 de julio de 2019, mediante el cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTIAGO DE SURCO** denegó su solicitud de acceso a la información pública presentada el 24 de junio de 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 24 de junio de 2019 la recurrente solicitó a la entidad copia de todos los folios que conforman el Documento Simple (DS) N° 2127422011 del administrado TADESA SRLTDA, relacionado con una devolución de Carta Fianza.

Mediante correo electrónico de fecha 8 de julio de 2019, la entidad le comunicó a la recurrente que no era posible atender lo solicitado, en virtud a que, conforme a la búsqueda efectuada por la Subgerencia de Tesorería, no se encontró la documentación requerida.

Con fecha 22 de julio de 2019 la recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, alegando que el documento solicitado se encuentra registrado en el Sistema de Gestión Documental de la Municipalidad de Santiago de Surco (SISDOC), de acuerdo al cual está ubicado en la Subgerencia de Tesorería desde el 3 de mayo de 2011. Asimismo, expresó que la entidad cuenta con una directiva interna que dispone que toda la documentación registrada en el Sistema de Gestión documental constituye patrimonio del municipio, encontrándose sus funcionarios obligados a su conservación y custodia.

Mediante la Resolución N° 010104452019¹ se admitió a trámite el referido recurso de apelación, solicitado y se solicitó a la entidad la formulación de sus descargos sin que a la fecha haya presentado documentación alguna.

¹ Resolución de fecha 2 de agosto de 2019, notificada a la entidad el 9 de agosto de 2019.

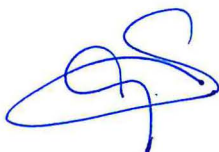
II. ANÁLISIS

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.

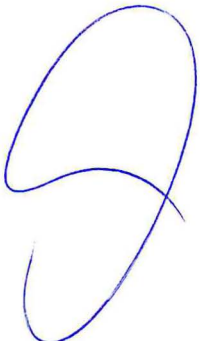
A su vez, el artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 043-2003-PCM y sus modificatorias², indica que toda la información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.

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.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13° de la Ley de Transparencia, modificada por el 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 Intereses³, 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; asimismo el cuarto párrafo de la norma mencionada establece que cuando una entidad de la Administración Pública no localiza información que está obligada a poseer o custodiar, deberá acreditar que ha agotado las acciones necesarias para obtenerla a fin brindar una respuesta al solicitante.



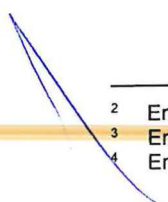
Además, el primer párrafo del artículo 18° de la Ley de Transparencia señala que las excepciones establecidas en los artículos 15°, 16° y 17° del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera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



Asimismo, el artículo 21° de la Ley de Transparencia 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. En ningún caso la entidad de la Administración Pública podrá destruir la información que posea.

A su vez, el artículo 3° del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁴, establece que la máxima autoridad de la Entidad tiene la obligación de "h. Disponer la inmediata recuperación o reconstrucción de la información afectada por alguna de las conductas antes mencionadas;". (subrayado nuestro)

2.1 Materia en discusión



De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la denegatoria de la solicitud de acceso a la información pública se encuentra conforme a ley.

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

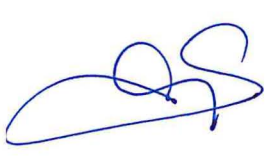
⁴ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

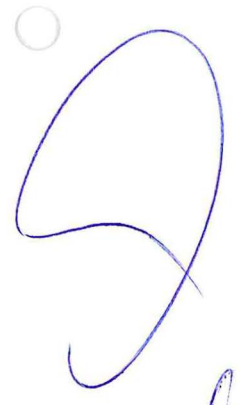
Al respecto, conforme con lo dispuesto por las citadas normas y en aplicación del Principio de Publicidad, toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública contenida en documentos escritos o en cualquier otro formato es de acceso público, por lo que las restricciones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

En esa línea, 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, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas"*.

Por otro lado, con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública regulada en el artículo 18° de la Ley de Transparencia, en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que:



"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 nuestro).



Ahora bien, respecto a la tesis formulada por la entidad para denegar el pedido de la recurrente, en el sentido que dicha información no fue encontrada, se debe tener presente que el artículo 23° del Reglamento de la Ley de Transparencia dispone que el Órgano de Administración de Archivos de la entidad o el que haga sus veces garantizará el acopio, organización y conservación de la información de todas las dependencias de la entidad.



Asimismo, el artículo 27° del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que *"Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales que correspondan por el extravío o la destrucción, extracción, alteración o modificación, indebidas, de la información en poder de las Entidades, 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 cualquiera de las conductas señaladas"*. (subrayado nuestro)

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 6, 7 y 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05173-2011-PHD/TC, refiere que se debe

entregar la información que las entidades deben tener en razón a sus atribuciones:

"6. Con relación a la información solicitada, el procurador público competente alega que ésta no se encuentra en su poder, lo cual sirve de sustento al juez de primera instancia para declarar la improcedencia de la demanda. El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. Y es que si bien se ha establecido en anterior jurisprudencia (Cfr. sentencia recaída en el Expediente N.º 04885-2007-PHD/TC, fundamento 2) que para que la información requerida pueda ser entregada debe obrar en poder de la entidad demandada, por lo que sólo se encuentra obligada a entregarla en caso "(...) la información ya exista o se halla en poder del requerido (...)", sin embargo, y en aras de morigerar dicho enunciado, también se ha establecido que la emplazada "(...) está obligada a entregar la información que, sin poseerla físicamente, le es atribuible por razón del desempeño propio de sus funciones o de su posición privilegiada frente al requerimiento que se le hace (...)" (Cfr. fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 07440-2005-PHD/TC).

7. Sobre el particular, al interponer el recurso de apelación, el recurrente expresa, a fojas 149, que "(...) esta información ya existe y que fue proporcionada por la demandada al Consejo de Calificación del [Proceso de Renovación 2009] (...)", argumento que, por lo demás, no ha sido negado por el procurador público.

8. En ese sentido, este Tribunal no encuentra –en principio– y en atención al argumento de que la información solicitada no obraría en poder de la entidad pública emplazada, razón alguna para negar su entrega, pues debiera tenerla en razón de las atribuciones que le competen". (subrayado nuestro)

No obstante ello, conforme se advierte de autos, la entidad no ha negado que el documento requerido haya sido producido o generado por las unidades orgánicas del municipio, sino que ha aludido que de la búsqueda efectuada no ha podido ubicar el mismo.

Asimismo, la recurrente ha presentado, conjuntamente con su recurso de apelación, copias simples de los datos generales del Documento Simple N° 2127422011, impresas del Sistema de Gestión Documental (SISDOC) de la Municipalidad de Santiago de Surco⁵, advirtiéndose de dichos reportes que el documento requerido consta de siete (7) folios y que el mismo fue derivado a la Subgerencia de Tesorería con fecha 3 de mayo de 2011, con el asunto "Carta Fianza de Tadesa SRLTDA", advirtiéndose de dicho reporte que el estado figura como "finalizado".

En dicho contexto, al haberse determinado que la entidad tiene registrado el documento requerido en su Sistema de Gestión Documental, su obligación es conservar el mismo, conforme a lo previsto por el artículo 21° de la Ley de Transparencia.

Siendo ello así, corresponde a la entidad acreditar haber agotado las acciones necesarias para ubicar dicho documento, conforme a lo exigido por el artículo 13° de la Ley de Transparencia, no obstante, en su correo de respuesta la

⁵ Reporte de fecha 24 de junio de 2019.

entidad no brinda mayor explicación de las acciones que ha adoptado para efectuar la búsqueda del documento, esto es, cuál es la información que ha arrojado el Sistema de Gestión Documental, si se ha realizado una búsqueda manual, si se ha recurrido al archivo de la entidad teniendo en cuenta la antigüedad del documento o si existe algún registro respecto de alguna posible eliminación del mismo.

En esa línea, el Tribunal Constitucional desestimó el argumento de la inexistencia de la información para denegar la solicitud de acceso a la información pública, teniendo en cuenta que el penúltimo párrafo del artículo 13° de la Ley de Transparencia señala que, en caso una entidad de la Administración Pública no localiza información que está obligada a poseer o custodiar, deberá acreditar que ha agotado las acciones necesarias para obtenerla a fin brindar una respuesta al solicitante.

De esta manera, de acuerdo al Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07675-2013-PHD/TC, el colegiado indicó que:

"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 nuestro)

En el mismo sentido, dicho colegiado señaló que no basta agotar la búsqueda de la información solicitada, sino que la entidad debe reconstruirla ante su destrucción o extravío a fin de garantizar este derecho fundamental, conforme lo establece el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01410-2011-PHD/TC:

*"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 nuestro)

Siendo ello así, se colige que la entidad vulneró el derecho de acceso a la información de la recurrente al señalar injustificadamente que no ubica la información solicitada y, en ese sentido, corresponde declarar fundado su recurso de apelación disponiendo que la entidad efectúe la búsqueda conforme a lo establecido en el artículo 13° de la Ley de Transparencia y, de ser el caso, proceda a la entrega; caso contrario, tiene la obligación de reconstruir el respectivo expediente administrativo, conforme al procedimiento establecido en la ley.

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.

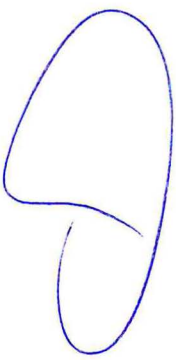
Por los considerandos expuestos y en aplicación de lo previsto por el artículo 6° y el numeral 1 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1353;

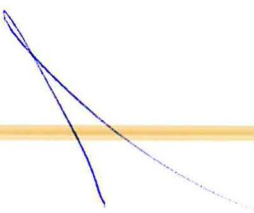
SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **MARÍA OLGA CORTEZ QUILICHE**, por lo que se dispone **REVOCAR** el contenido del correo electrónico de respuesta de fecha 8 de julio de 2019; en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTIAGO DE SURCO** que efectúe la búsqueda y, de ser el caso, proceda a la entrega o reconstrucción del expediente administrativo que se contiene el documento requerido, conforme al procedimiento establecido en la ley.

 **Artículo 2.- SOLICITAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTIAGO DE SURCO** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a la recurrente **MARÍA OLGA CORTEZ QUILICHE**.

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 **MARÍA OLGA CORTEZ QUILICHE** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTIAGO DE SURCO**, 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).



MARÍA ROSA MENA-MENA
Vocal Presidenta



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: pcp/fjlf-cmn

10

(7)

(8)

