REPÚBLICA DEL PERÚ

Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010306112019

Expediente	:	00647-2019-JUS/TTAIP
Impugnante	:	**COMUNIDAD CAMPESINA DE CHOAQUERE**
Entidad	:	**MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHALLHUAHUACHO**
Sumilla	:	Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 3 de octubre de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00647-2019-JUS/TTAIP de fecha 23 de agosto de 2019, interpuesto por la **COMUNIDAD CAMPESINA DE CHOAQUERE** representada por Roy Zevallos Arcos, contra el Oficio N° 01-2019-SG-MDCH/EHH de fecha 8 de agosto de 2019, mediante el cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHALLHUAHUACHO**[1] atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada el 24 de julio de 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 24 de julio de 2019, el recurrente en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, solicitó a la entidad copias certificadas o fedateadas, de los antecedentes que dieron merito a la expedición de la Resolución Nº 336-2018-MDCH/CA de fecha 11 de mayo de 2018.

Mediante Carta N° 011-2019- MDCH/GM de fecha 15 de mayo de 2019, la entidad traslada el Informe N° 1068-2019- SGIDUR-MDCH7PRACH de fecha 26 de abril de 2019, donde manifestó que habiéndose realizado la revisión y búsqueda de la información requerida, no se ha encontrado documentación alguna.

Con fecha 24 de julio de 2019, el recurrente solicita nuevamente a la entidad la entrega de una copia certificada o fedateada de todo el acervo documentario sustentatorio y/o antecedentes administrativos que dieron merito a la expedición de la Resolución Nº 336-2018-MDCH/CA de fecha 11 de mayo de 2018, que resuelve aprobar la Sub División del Predio Chila-Choaquere-Distrito de Challhuahuacho-Cotabambas-Apurímac, precisando que dicho procedimiento administrativo fue impulsado a solicitud de la empresa minera Las Bambas S.A.

Mediante el Oficio N° 01-2019-SG- MDCH/EHH de fecha 8 de agosto de 2019, la entidad refiere que no encontró en los acervos documentarios ni la resolución N° 336-2018-MDCH/CA, ni los antecedentes que dieron lugar a ducha resolución.

[1] En adelante, la entidad.

Con fecha 23 de agosto de 2019, el recurrente presentó el recurso de apelación materia de análisis, contra el oficio señalado en el párrafo precedente en el cual la entidad denegó el acceso a la información pública requerida.

Mediante Resolución N° 010105692019[2] se admitió a trámite el recurso de apelación y se solicitó a la entidad la formulación de sus descargos[3], los cuales fueron presentados a través del Oficio N° 460-2019-MDCH/A ingresados a esta instancia el 27 de setiembre 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 10° del Texto Único Ordenado de la ley 27608, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 043-2003-PCM[4], 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.

El artículo 13° del mismo cuerpo legal señala expresamente que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones contempladas como información secreta, reservada y confidencial en los artículos 15°, 16° y 17° de la referida ley, respectivamente.

Cabe anotar que el tercer párrafo del artículo 13° del mismo cuerpo legal, modificado 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 Gestión de Intereses[5], señala 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, asimismo la ley tampoco permite que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean.

Asimismo, el artículo 27° del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[6], señala que en caso se extravíe información en poder de las entidades, se deberán agotar las acciones necesarias para recuperar dicha información; asimismo, en estos casos, corresponde a la entidad informar al solicitante de dicha situación, 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 De fecha 10 de setiembre de 2019.
3 Habiéndose esperado inclusive la culminación del plazo otorgado para la formulación de descargos, más el término de la distancia aplicable al distrito correspondiente.
4 En adelante, Ley de Transparencia.
5 En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.
6 En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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 al recurrente.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Al respecto, es oportuno señalar que se requirió a la entidad la formulación de los descargos que considere pertinentes, por lo que en aras de garantizar el debido procedimiento y el derecho de la entidad a formular los referidos descargos, esta instancia ha esperado el tiempo correspondiente al cómputo del plazo otorgado, contado desde la fecha de notificación realizada, así como del término de la distancia aplicable al distrito de Challhuahuacho.

En cuanto al debido procedimiento aplicable a los procedimientos administrativos, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 43 y 48 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2005-AI/TC, ha señalado lo siguiente:

"*43. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros).*
(...)
48. Luego de haber precisado los elementos que se deben tomar en consideración para determinar el contenido constitucional del derecho al debido proceso, podemos establecer, recogiendo jurisprudencia precedente, que este contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer".
(subrayado agregado)

Al respecto, de autos se advierte que efectivamente la entidad procedió a presentar sus descargos, habiéndose garantizado la posibilidad de presentarlos en el plazo otorgado más el término de la distancia correspondiente[7].

Ahora bien, en cuanto a la solicitud formulada por el recurrente es importante señalar que 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

[7] Teniendo en consideración la información y reportes proporcionado por el servicio de notificación puesto a disposición de esta instancia.

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 3º 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".

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.

Al respecto, el recurrente solicitó a la entidad la entrega de determinada documentación relacionada con la expedición de la Resolución Nº 336-2018-MDCH/CA de fecha 11 de mayo de 2018. En cuanto a ello, es importante señalar que la entidad al momento de formular sus descargos remitió a esta instancia un ejemplar de la referida resolución, precisando que procedió a informar al recurrente a través del Oficio N° 01-2019-SG-MDCH/EHH de fecha 8 de agosto de 2019, que pese a las búsquedas realizadas por servidores de la entidad no se han encontrado los antecedentes de la misma.

En cuanto a ello, se concluye que dicha información ha sido elaborada por la entidad, habiendo sido suscrita por la autoridad competente, personal que desempeña sus labores con cargo al presupuesto público, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el antes citado artículo 10° de la Ley de Transparencia dicha información es pública; asimismo, la entidad no cuestiona el carácter público de la información requerida, sino que señala exclusivamente que dicha información no obra en los archivos de la entidad.

En cuanto a ello, el Tribunal Constitucional ha desestimado 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 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, 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).

Sobre el particular, el artículo 27° del Reglamento de la Ley de Transparencia señala en caso se extravíe información en poder de las entidades, se deberán agotar las acciones necesarias para recuperar dicha información; asimismo, que en dicho supuesto, corresponde a la entidad comunicar al solicitante dicha situación, así como los avances o resultados de las acciones orientadas a recuperar la información o la imposibilidad de brindarla por no haberse recuperado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales.

En tal sentido, corresponde que la entidad agote las acciones para recuperar dicha información, y proceder, de ser el caso, 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-JUS[8].

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 interpuesto por la **COMUNIDAD CAMPESINA DE CHOAQUERE** representada por Roy Zevallos Arcos, **REVOCANDO** lo dispuesto en el Oficio N° 01-2019-SG-MDCH/EHH de fecha 8 de agosto de 2019; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHALLHUAHUACHO** que brinde la información requerida por el recurrente, conforme a lo dispuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHALLHUAHUACHO** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a la **COMUNIDAD CAMPESINA DE CHOAQUERE** representada por Roy Zevallos Arcos.

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 Secretaria Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a la **COMUNIDAD CAMPESINA DE CHOAQUERE** representada por Roy Zevallos Arcos y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHALLHUAHUACHO**, de conformidad con lo previsto por 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: uzb

[8] En adelante, Ley N° 27444.