Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 000176-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00033-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **NANCY REYNERI FIESTAS CORONADO**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**
Sumilla : Declara fundado en parte recurso de apelación

Miraflores, 3 de febrero de 2020

VISTO el Expediente de Apelación Nº 00033-2021-JUS/TTAIP de fecha 6 de enero de 2021, interpuesto por **NANCY REYNERI FIESTAS CORONADO**[1], contra la respuesta contenida en la Carta Nº 619-2020-MDMM-SG notificada el 29 de diciembre de 2020, a través de la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**[2] mediante la cual atendió la solicitud de la recurrente presentada el 10 de diciembre de 2020, registrada en el Expediente N° 4515-2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de diciembre de 2020, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó copias fedateadas de la siguiente información:

"(…)
1. *Actuados por la Gerencia Municipal, en atención al Memorándum N° 065-2019-SGC-GAF/MDMM.*
2. *Actuados generados por la Gerencia de Administración y Finanzas, en atención al Memorándum N° 065-2019-SGC-GAF/MDMM.*
3. *Actuados generados por la Sub Gerencia de Contabilidad, en atención al Memorándum N° 027-2019-SGGRH-GAF/MDMM.*
4. *Documento que acredite el pago de los beneficios sociales de los señores señaladon en el cuadro N° 1 contenido en el Memorándum N° 065-2019-SGC-GAF/MDMM".*

A través de la Carta N° 619-2020-MDMM-SG, notificada el 29 de diciembre de 2020, la entidad comunicó a la recurrente que *"(…) la Subgerencia de Contabilidad mediante Informe N° 147-2020-GAF-MDMM, señala que no es posible brindarle en la modalidad de fedateadas los documentos solicitados en el punto 3), debido a que no encuentran los originales en su acervo documentario, razón por la cual se le brindará dicho documento en la forma de copia simple (03).*

[1] En adelante, la recurrente.
[2] En adelante, la entidad.

(…)
Asimismo, en atención al punto 1) de su escrito, cumplo con derivar copia del Memorando N° 1673-2020-GM-MDMM de la Gerencia Municipal".

El 30 de diciembre de 2020, el recurrente presenta ante la entidad el recurso de apelación materia de análisis, indicando que el presente recurso de apelación[3] en contra de la denegatoria de entrega de información respecto de los ítems 2, 3 y 4 de su solicitud, señalando los siguientes argumentos:

"(…)
1.3 Respecto al punto N° 2 de mi solicitud, la entidad no se ha pronunciado ni remitido documentación alguna en atención a dicho requerimiento; en ese sentido nos encontramos ante la negativa de la entidad en hacer entrega de documentación de carácter público.

1.4 Respecto al punto N° 3 de mi solicitud, (…) En ese sentido, señor alcalde, la entidad en atención al punto 3 de mi solicitud tampoco lo atiende conforme lo solicitado, debido a que mi requerimiento es: "Actuados generados por el Subgerencia de Contabilidad, en atención al Memorando N° 217-2019-SGGRH-GAF-MDMM.

Sin embargo, la entidad me hace entrega del propio memorando sobre el cual solicité los actuados de la Subgerencia de Contabilidad y un memorando de fecha anterior al Informe N° 217-2019-SGGRH-GAF-MDMM, lo cual resulta un incumplimiento de atención de los solicitado por mi persona.

1.5 En cuanto al punto N° 04 de mi solicitud, la entidad se niega a hacerme entrega de lo solicitado".

Mediante la Resolución N° 000055-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[4] se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos[5], los cuales fueron presentados a esta instancia el 28 de febrero de 2021 mediante documento de fecha 26 de enero del mismo año, reiterando los hechos antes descritos; asimismo, la entidad señaló que con fecha 18 de enero de 2021, notificó a la recurrente la Carta N° 26-2021-MDMM, a través de la cual se anexa el Informe N° 11-2021.SGT-GAF-MDMM, en el cual se señala que *"(…) se ha realizado la búsqueda de los solicitado en el Sistema Integral de Administración Financiera (SIAF), donde no se visualiza el pago en relación al Cuadro N° 1 contenido en el Memorando N° 65-2019-SGC-GAF-MDMM (…)".*

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

[3] Recurso impugnatorio elevado a esta instancia el 6 de enero de 2021 con Oficio N° 116-2020-MDMM-SG.
[4] Resolución de fecha 20 de enero de 2021, la cual fue notificada al correo electrónico: tramitedoc@munimagdalena.gob.pe el 21 de enero de 2021 a horas 13:45, con confirmación de recepción por parte de la entidad en la misma fecha a horas 17:18, con Registro N° 665-2021, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.
[5] Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes física y virtual correspondiente al día de hoy.

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° 021-2019-JUS[6], establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10 del mismo texto señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar finalmente 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.

De otro lado, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[7], precisa que en los supuestos de extravío, destrucción, extracción, alteración o modificación 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 y en caso ésta sea requerida, deberán comunicar dicha circunstancia 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 aprecia que la controversia radica en determinar si la información requerida por la recurrente se encuentra dentro de los alcances de la Ley de Transparencia; y, en consecuencia, corresponde su entrega.

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:

"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

[6] En adelante, Ley de Transparencia.
[7] En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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 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.

Con relación a los gobiernos locales, es pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades[8], al señalar que *"La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley Nº 27444 (…)"* (subrayado nuestro), estableciendo de ese modo que uno de los principios rectores de la gestión municipal es el principio de transparencia.

Asimismo, la parte final del artículo 118 de la referida ley establece que *"El vecino tiene derecho a ser informado respecto a la gestión municipal y a solicitar la información que considere necesaria, sin expresión de causa; dicha información debe ser proporcionada, bajo responsabilidad, de conformidad con la ley en la materia.*" (subrayado nuestro).

Del mismo modo, 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*

[8] En adelante, Ley N° 27972.

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:

"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, 4 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)

- **Respecto al contenido del ítem 2 de la solicitud presentada por la recurrente:**

  Sobre el particular, en el presente caso se aprecia que la recurrente solicitó los *"(...) Actuados generados por la Gerencia de Administración y Finanzas, en atención al Memorándum N° 065-2019-SGC-GAF/MDMM".*

  Al respecto, se advierte que la entidad ha omitido indicar que no cuenta con la información requerida, no tiene la obligación de poseerla o, teniéndola en su poder, no acreditó la existencia de algún supuesto de excepción previsto en la Ley de Transparencia para su denegatoria, por lo que la Presunción de Publicidad respecto de la información solicitada se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada.

  En esa línea de ideas, cabe señalar que, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de los gobiernos locales, de modo que la información que estas entidades posean, administren o hayan generado como consecuencia del ejercicio de sus facultades, atribuciones o el cumplimiento de sus obligaciones, sin importar su origen, utilización o el medio en el que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública.

  Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe indicar que el primer párrafo del artículo 10 de la Ley de Transparencia 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"*; por ello, el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 09378-2013-PHD/TC y en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD, el Tribunal Constitucional interpretó dicho artículo de la siguiente manera:

"(...) Lo realmente trascendental a efectos de que pueda considerarse como 'información pública', no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva". (Subrayado nuestro)

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida, salvaguardando de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

- **Respecto al contenido del ítem 3 de la solicitud presentada por la recurrente:**

  En este extremo, al recurrente requirió a la entidad se le proporcione los "(…) *Actuados generados por la Sub Gerencia de Contabilidad, en atención al Memorándum N° 027-2019-SGGRH-GAF/MDMM*", a lo que la entidad respondió que no es posible alcanzarle dichos documentos en la modalidad de fedateados, debido a que no se encuentran los originales en su acervo documentario; por lo que, se le brindaría en copia simple; sin embargo de autos se advirtió que ni siquiera en copia simple se hizo la entrega.

  Al respecto, el sexto párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia 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 de brindar una respuesta al solicitante"*. (Subrayado agregado)

  En la misma línea, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia precisa 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. (…) Cuando se solicite información afectada por cualquiera de las situaciones señaladas en el primer párrafo, corresponde al responsable de atender la solicitud, informar de dicha situación a la persona solicitante, así como los avances o resultados de las acciones orientadas a recuperar la información o la imposibilidad de brindársela por no haberla podido recuperar". (subrayado agregado)*

  Por su parte, 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".* (subrayado agregado)

  En el caso de autos, la entidad no ha negado que la documentación requerida haya sido producida o generada por la entidad, sino que únicamente ha aludido que de la búsqueda efectuada en su acervo documental no han podido ubicar los originales; sin embargo, hizo referencia a la existencia de los mismos documentos, pero en copia simple.

En dicho contexto, corresponde a la entidad acreditar haber agotado las acciones necesarias para ubicar los originales de los mencionados documentos con el propósito de otorgar una respuesta clara a la recurrente, conforme lo exigido por el artículo 13 de la Ley de Transparencia, más aún cuando el artículo 21 del mismo cuerpo normativo, establece que las entidades tienen la obligación de conservar la información que hayan creado.

Siendo esto así, es importante tener en consideración que el derecho de acceso a la información pública no sólo implica el deber del Estado de publicitar sus actos promoviendo una cultura de transparencia conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley de Transparencia, sino que también genera la obligación de otorgar al solicitante información clara, precisa, oportuna, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 16 de la sentencia recaída en el expediente N° 01797-2002-HD/TC, en el cual dicho Colegiado señaló lo siguiente:

"(…) el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que, si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa". (subrayado agregado)

En esa línea, corresponde estimar este extremo del recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que comunique de manera clara, precisa y completa al recurrente las acciones adoptadas para ubicar la información solicitada, procediendo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia.

- **Respecto al contenido del ítem 4 de la solicitud presentada por la recurrente:**

  El numeral 1 del artículo 321 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en el presente procedimiento conforme a lo establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del la Ley N° 27444, que regula la sustracción de la materia, la cual origina la conclusión del procedimiento sin declaración sobre el fondo.

  El Tribunal Constitucional, en los Fundamentos 4 y 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01902-2009-PHD/TC, ha señalado que la entrega de la información al solicitante durante el trámite del proceso constitucional, constituye un supuesto de sustracción de la materia, conforme el siguiente texto:

> *"4. Que a fojas 37 obra la Carta Notarial entregada con fecha 15 de agosto de 2007, conforme a la que el emplazado, don Fortunato Landeras Jones,* Secretario *General de la Gerencia General del Poder Judicial, se dirige a la demandante adjuntando copia del Oficio N.º 4275-2006-J-OCMA-GD-SVC-MTM del Gerente Documentario de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), así como de la Resolución N.º UNO de la misma gerencia, adjuntando la información solicitada.*
> *5. Que, conforme a lo expuesto en el parágrafo precedente, resulta* evidente *que en el presente caso se ha producido la sustracción de materia, por lo que corresponde rechazar la demanda de autos, conforme al artículo 1º del Código Procesal Constitucional".*
>
> Teniendo en cuenta el razonamiento citado, se concluye que, si la entidad entrega la información solicitada, se produce la sustracción de la materia dentro del procedimiento.
>
> Por ello, en el caso analizado, se advierte de autos que mediante la Carta N° 26-2021-MDMM e Informe N° 11-2021.SGT-GAF-MDMM, notificados el 18 de enero de 2021, la entidad atendió el ítem 4 de la solicitud formulada por la recurrente indicando que en el Sistema Integral de Administración Financiera no se visualiza el pago vinculado con el requerimiento efectuado; en tal sentido, al no contar la entidad con la documentación solicitada, no existe controversia pendiente de resolver; razón por la cual se ha producido la sustracción de la materia.

Finalmente, de conformidad con 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.

Por los considerandos expuestos[9] y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en 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 EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por **NANCY REYNERI FIESTAS CORONADO,** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR;** y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad la entrega de la información pública requerida respecto a los ítems 2 y 3 de la citada solicitud, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

[9] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de la información señalada en el artículo precedente a **NANCY REYNERI FIESTAS CORONADO.**

Artículo 3.- DECLARAR CONCLUIDO el presente expediente, en el extremo correspondiente al ítem 4 de la solicitud formulada por la recurrente, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4.- **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 5.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución **NANCY REYNERI FIESTAS CORONADO** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

Artículo 6.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente

MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

PEDRO CHILET PAZ
Vocal

vp: uzb