



# Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

## Resolución 002142-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01941-2021-JUS/TTAIP  
Recurrente : **ALDO ALFREDO CASTRO VIDAURRE**  
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**  
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 19 de octubre de 2021

**VISTO** el Expediente de Apelación N° 01941-2021-JUS/TTAIP de fecha 17 de setiembre 2021, interpuesto por **ALDO ALFREDO CASTRO VIDAURRE**, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**, de fecha 26 de agosto de 2021.

### CONSIDERANDO:

#### I. ANTECEDENTES

Con fecha 26 de agosto de 2021 el recurrente solicitó a la entidad la licencia de construcción, remodelación u ampliación del predio ubicado en Jr. Rodolfo Rutte 375.

Con fecha 17 de setiembre de 2021 el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, al considerar denegada su solicitud en aplicación del silencio administrativo negativo.

Mediante la Resolución 002020-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA<sup>1</sup> se admitió a trámite el citado recurso impugnatorio, solicitando a la entidad la remisión del expediente administrativo y la formulación de sus descargos.

Con escritos de fecha presentados a esta instancia el 13 de octubre del año en curso la entidad remite a esta instancia sus descargos señalando que "(...) Si bien es cierto que al momento en que el recurrente presenta su recurso de apelación, la entidad no había brindado respuesta al administrado, también es cierto que el mismo día en que presenta la apelación, la Subgerencia de Trámite Documentario y Archivo, mediante correo electrónico de fecha 17 de setiembre de 2021, remitió al administrado la respuesta por la vía requerida, adjuntándose para tales efectos el Memorando N° 485-2021-SGPUOPC-GDUO-MDMM de fecha 08 de setiembre de 2021, elaborado

<sup>1</sup> Resolución de fecha 1 de octubre de 2021, notificada a la entidad el 6 de octubre de 2021.

por la Subgerencia de Obras Privadas y Catastro, mediante el cual se le comunica al administrado que “se realizó la búsqueda (...) pero no se ubicó lo solicitado”. Sin perjuicio del correo antes citado, a efectos de asegurarnos que el administrado reciba nuestra comunicación se curso la Carta N° 165-2021-SGTDAC-SG/MDMM, de fecha 05OCT2021, al domicilio del recurrente, la cual no fue recibida conforme se desprende del Acta Negativa de recepción de documento de fecha 05 de octubre de 2021 (...) a las horas de presentado el recurso de apelación la entidad dio atención al pedido del recurrente conforme se puede acreditar del correo remitido por nuestra institución, de fecha 17 de septiembre de 2021 a horas 14:38 p.m., donde se advierte una respuesta directa, precisa y clara, al informarle que no es posible entregar la información solicitada por cuanto no cuenta con la misma (...) al no existir controversia en el presente caso consideramos que resulta aplicable la sustracción de la materia (...).

## 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° 0021-2019-JUS<sup>2</sup>, 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, 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 señalada 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.

### 2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la entidad cuenta o debía contar con la información solicitada por el recurrente.

<sup>2</sup> En adelante, Ley de Transparencia.

## 2.2 Evaluación

Conforme con lo dispuesto por las normas citadas 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.

Con relación a dicho principio, 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 (STC N.º 02579-2003-HD/TC), 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, en el último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, dicho colegiado ha señalado que corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano, debido a que posee la carga de la prueba:

*“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).

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<sup>3</sup>, que al respecto señala 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 N° 27444 (...)”.* (subrayado nuestro). De este modo, se observa que uno de los principios rectores de la gestión municipal es el principio de transparencia.

Asimismo, la parte in fine 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).

En ese sentido, de las normas y los pronunciamientos expuestos por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública, entre las que se incluyen a los gobiernos locales, es de acceso público; y, en caso dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15° a 17° de

<sup>3</sup> En adelante, Ley Orgánica de Municipalidades.

la Ley de Transparencia, constituye un deber de las entidades acreditar dicha condición debido a que poseen la carga de la prueba.

Ahora bien, se advierte de autos que el recurrente solicitó la licencia de construcción, remodelación u ampliación del predio ubicado en Jr. Rodolfo Rutte 375.

Al respecto, la entidad en su descargo señala que ha respondido al recurrente denegando la entrega de la información indicando que la Subgerencia de Obras Privadas y Catastro mediante el Memorando N° 485-2021-SGPUOPC-GDUO-MDMM de fecha 08 de setiembre de 2021, indica que ha realizado la búsqueda pero que *“no se pudo ubicar lo solicitado”*, asimismo en el mencionado memorando se indica también que la Subgerencia de Trámite y Archivo Central mediante Memorando N° 388-2021-SGTDAC-SG/MDMM indica que *“no se pudo ubicar lo solicitado”*, por ello en su descargo la entidad refiere que no es posible entregar la información solicitada por cuanto no se cuenta con la misma, e invoca los artículos 10 y 13 de la Ley de Transparencia; asimismo en los anexos del descargo se aprecia que la entidad remite un correo electrónico al recurrente con fecha 17 de setiembre de 2021 (del cual no anexa el acuse de recibo respectivo) donde le comunica al recurrente lo señalado precedentemente invocando los artículos 3 y 10 de la Ley de transparencia.

De lo expuesto se advierte que, la respuesta de la entidad al indicar que *“no se pudo ubicar lo solicitado”*, es ambigua, pues no ha negado la existencia de la misma, respecto a ello se debió tomar en consideración lo dispuesto por el artículo 23° del Reglamento de la Ley de Transparencia el cual 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; o en su defecto se deberá cumplir con informar al solicitante respecto a los avances o resultados de las acciones respectivas destinadas a recuperar la información o la imposibilidad de brindársela por no haberla podido recuperar.

Igualmente, el artículo 3° del citado Reglamento 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)

En dicho contexto, para atender el requerimiento del recurrente, corresponde a la entidad acreditar haber agotado las acciones necesarias para ubicar la documentación correspondiente, conforme a lo exigido por el artículo 13° de la Ley de Transparencia, no obstante, en el caso de autos, no se puede precisar las acciones que la entidad ha adoptado con relación a la búsqueda respectiva, ni se ha dispuesto la reconstrucción de la información requerida para poder dar atención a la solicitud del administrado.

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 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, conforme se establece en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07675-2013-PHD/TC:

*“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, sino que la entidad debe reconstruirla ante su destrucción o extravío a fin de garantizar este derecho fundamental, conforme se indica en 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 del recurrente al señalar injustificadamente que no ubica la información solicitada, por lo que procederá a la reconstrucción del expediente administrativo que contiene el documento requerido, conforme al procedimiento establecido en la ley.

Por tanto, corresponde declarar fundado el recurso de apelación debiendo la entidad proceder a entregar la información solicitada, comunique de forma clara, precisa y veraz su inexistencia, o informe al recurrente el inicio, los avances y resultados del procedimiento de reconstrucción, conforme al procedimiento establecido en la ley, hasta la entrega de la información correspondiente.

Finalmente, en virtud a lo establecido por el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, 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.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Por los considerandos expuestos 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** el recurso de apelación, interpuesto por **ALDO ALFREDO CASTRO VIDAURRE**, en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**, entregue la información solicitada al recurrente conforme a lo indicado en la presente resolución, de ser el caso comunique de forma clara, precisa y veraz su inexistencia, o informe al recurrente el inicio, los avances y resultados del procedimiento de reconstrucción en caso de pérdida conforme a lo indicado en la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.



**Artículo 2.- SOLICITAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **ALDO ALFREDO CASTRO VIDAURRE**, o comunique de forma clara, precisa y veraz su inexistencia y el procedimiento de su reconstrucción.

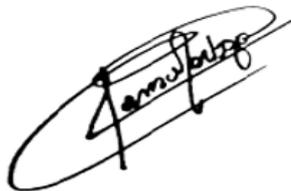
**Artículo 3.- DECLARAR** agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° de la Ley N° 27444.



**Artículo 4.- ENCARGAR** a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **ALDO ALFREDO CASTRO VIDAURRE** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE**

**MAGDALENA DEL MAR**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18° de la norma antes citada.

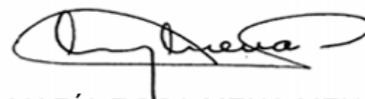
**Artículo 5.- DISPONER** la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional ([www.minjus.gob.pe](http://www.minjus.gob.pe)).



ULISES ZAMORA BARBOZA  
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ  
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA  
Vocal

vp: pcp/cmn