



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 002088-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01857-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **LUISA PALACIOS SALGUERO**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MIGUEL**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 12 de octubre de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 01857-2021-JUS/TTAIP de fecha 9 de setiembre de 2021, interpuesto por **LUISA PALACIOS SALGUERO** contra el correo electrónico de fecha 20 de agosto de 2021, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MIGUEL** dio respuesta a su solicitud de acceso a la información pública de fecha 30 de julio de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Mediante solicitud de fecha 30 de julio de 2021 la recurrente solicitó que la entidad entregue por correo electrónico la siguiente información: *“Solicito copia simple de los contratos por modalidad de contratos administrativos de servicios (CAS) de la Sra. Giulliana Vanessa Romero Chumbes (...) con sus respectivos términos de referencia (TDR) desde el 2015 hasta la fecha, ficha de evaluación del concurso público CAS y curriculum vitae documentado”.*

La entidad mediante el correo electrónico de fecha de fecha 20 de agosto de 2021 ha adjuntado el Memorando N° 689-2021-URH-OAF-MDSM, en el correo en mención señala lo siguiente *“En atención a lo establecido por el artículo 5° del Decreto Supremo N° 070-2013-PCM – que modifica el Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, ponemos a su disposición la información solicitada en referencia al expediente N° 8696. Asimismo mediante Decreto Supremo N° 009-2021-SA, el ejecutivo amplio por ciento ochenta días (180) el Estado de Emergencia Nacional Sanitaria, debido al riesgo de un posible rebrote del contagio SARS COV 2. Con lo cual para muestra nuestra institución ha sido y seguirá siendo el bien jurídico tutelar: LA SALUD PÚBLICA. Sin embargo y sin perjuicio de lo señalado y cumpliendo estrictamente los protocolos y medidas preventivas de bioseguridad, la documentación se encuentra disponible en esta unidad, en copia simple, cuyo costo de reproducción asciende a S/. 0.10 céntimos de sol por cada hoja, siendo un total liquidado de S/. 0.10 soles”,* asimismo en el Memorando N° 689-2021-URH-OAF-MDSM señala lo siguiente: *“(…) Al respecto, informo que no obra en el acervo documentario los contratos administrativos de servicios y el curriculum vitae de la servidora Giulliana Vanessa Romero Chumbes,*

cabe precisar que el personal que realizó la presente búsqueda no es especialista en legajo, toda vez que el personal especialista se encuentra de licencia con goce (persona vulnerable). Asimismo, no se aprecia ningún documento con la denominación términos de referencia desde el 2015 y ficha de evaluación del concurso público CAS de Guilliana Romero Chumbes bajo la modalidad CAS; por lo que, debe tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, esto es “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 ...”; que siendo así, este Despacho no puede atender lo solicitado (...).”

Con fecha 9 de setiembre de 2021, la recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, señalando que en su solicitud de acceso a la información pública estableció que la información requerida fuera mediante correo electrónico en copia simple, sin embargo refiere que en el correo electrónico de respuesta de la entidad se le deniega la información pública y para obtener información completa debe realizar un pago lo cual considera viola sus derechos

Mediante la Resolución 001944-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹ 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.

Mediante escrito presentado a esta instancia el 4 de octubre del año en curso, la entidad remite el expediente administrativo y sus descargos, señalando que la denegatoria a la que hace referencia la recurrente se encuentra justificada bajo el supuesto establecido en el artículo 13° de la Ley de Transparencia, toda vez que la información no se encuentra en el acervo documentario, que se encuentra bajo custodia de la Unidad de Recursos Humanos, siendo por ello que mediante correo electrónico del 20 de agosto de 2021 se puso en conocimiento la información recibida por parte de la Unidad de Recursos Humanos, y se cumple con dar atención a la solicitud de información formulada remitiendo el Memorando N°. 689-2021-URH-OAF/MDSM de forma virtual.



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.



Por su parte, 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-JUS², establece que por el principio de publicidad toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación de dicho principio.

Así también, el artículo 10° de la citada ley señala 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

¹ Resolución de fecha 24 de setiembre de 2021, notificada a la entidad el 28 de setiembre de 2021.

² En adelante, Ley de Transparencia.

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.

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.

2.2 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° 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”*.

Adicionalmente, 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 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”.



En el caso materia de autos se aprecia que la recurrente solicita copia simple de los contratos CAS de Giulliana Vanessa Romero Chumbes con sus respectivos, términos de referencia desde el 2015 hasta la fecha de la solicitud de la recurrente (30-07-2021) la ficha de evaluación del concurso CAS y su curriculum vitae documentado.



Respecto a ello, se advierte de la respuesta de la entidad que en el correo electrónico del 20 de agosto de 2021 se señaló lo siguiente: *“(…) la documentación se encuentra disponible en esta unidad, en copia simple, cuyo costo de reproducción asciende a S/. 0.10 céntimos de sol por cada hoja, siendo un total liquidado de S/. 0.10 soles”*, sin embargo en el Memorando N° 689-2021-

URH-OAF-MDSM señala lo siguiente: “(...) Al respecto, informo que no obra en el acervo documentario los contratos administrativos de servicios y el curriculum vitae de la servidora *Giulliana Vanessa Romero Chumbes*, (...) Asimismo, no se aprecia ningún documento con la denominación términos de referencia desde el 2015 y ficha de evaluación del concurso público CAS de *Giulliana Romero Chumbes* bajo la modalidad CAS; por lo que, debe tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, esto es “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 ...”; que siendo así, este Despacho no puede atender lo solicitado (...)”, versión que es reafirmada en el descargo de la entidad.

En ese sentido, es evidente que la respuesta de la entidad es ambigua toda vez que supuestamente requiere un cobro por la información en el monto de S/. 0.10 céntimos en el correo electrónico de respuesta, sin embargo en el Memorando N° 689-2021-URH-OAF-MDSM refiere que en el acervo documentario no obra ningún documento solicitado respecto a la contratación CAS de la “*servidora*” *Giulliana Vanessa Romero Chumbes*; por tanto se advierte que pese a que señala que no obra ningún documento solicitado reconoce a la mencionada ciudadana como servidora de la Municipalidad.

De otro lado el presente Colegiado a consultado el portal transparencia de la entidad en el siguiente link: http://www.munisanmiguel.gob.pe/Transparencia/archivos/subgerencia_recurso_s_humanos/2019/personal/CAS8_2019_002.pdf,³ y en el mismo se aprecia la siguiente información “CAS-DL 1057 CAS RUBRO 08 ROMERO CHUMBES GUILLIANA VANESSA 14/01/2015 ---- GERENCIA DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS ASISTENTE DE GERENCIA”, lo que evidenciaría que la Sra. *Giulliana Vanessa Romero Chumbes* es servidora CAS de la institución desde enero del 2015, por lo que la entidad debería contar con la información solicitada.

Asimismo, se debe tomar en consideración lo dispuesto por el artículo 23° del Reglamento de la Ley de Transparencia aprobado, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁴, 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.

En este contexto también se debe tener presente que 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.

³ Consulta efectuada el 12 de octubre de 2021.

⁴ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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 de la recurrente, corresponde a la entidad acredite 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 de la información solicitada, y de ser el caso disponer la reconstrucción de la información requerida para poder dar atención a la solicitud de la administrada.

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 de la recurrente al señalar injustificadamente que en el acervo documentario no obra ningún documento solicitado respecto a la contratación CAS sin determinar su existencia, por lo que deberá proceder a agotar los esfuerzos de búsqueda de dicha información en las unidades orgánicas involucradas conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia; y, de ser el caso, procederá a la reconstrucción del expediente administrativo que contiene el documento requerido, conforme al procedimiento establecido en la ley, en el caso que la información exista.

Por tanto, corresponde declarar fundado el recurso de apelación debiendo la entidad proceder a determinar su existencia para su entregar a la recurrente o de ser el caso informarle el inicio, los avances y resultados del procedimiento de reconstrucción, conforme al procedimiento establecido en el artículo 27 citado en el párrafo precedente; asimismo se deberá tener presente que la recurrente solicitó el envío de la información por correo electrónico, por tanto no corresponde que se efectúe cobro por costo de reproducción conforme a lo establecido en el Decreto Supremo N° 164-2020-PCM.

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 **LUISA PALACIOS SALGUERO**, en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MIGUEL** entregue la información solicitada, en caso su existencia, y en caso de pérdida informe a la recurrente el inicio, los avances y resultados del

procedimiento de reconstrucción del documento solicitado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, 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 SAN MIGUEL** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **LUISA PALACIOS SALGUERO**, o comunique de forma clara, precisa y veraz su inexistencia conforme a lo indicado en la presente resolución.

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 **LUISA PALACIOS SALGUERO** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MIGUEL**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18° de la norma antes citada.

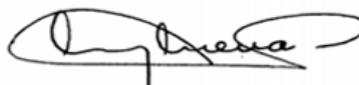
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: pcp/cmn