



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 000234-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02732-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **DROKASA PERU S.A**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LURIGANCHO - CHOSICA**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 27 de enero de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 02732-2021-JUS/TTAIP de fecha 20 de diciembre de 2021, interpuesto por **DROKASA PERU S.A** contra la Carta N° 716-2021/MDL-SG y el Informe N° 187-2021/MDL-GOPRI ambos de fecha 25 de noviembre de 2021, notificados el 26 de noviembre de 2021, mediante los cuales la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LURIGANCHO – CHOSICA** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 16 de noviembre de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 16 de noviembre de 2021, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad que le envíe por correo electrónico "(...) **COPIA CERTIFICADA DE LOS DOCUMENTOS APROBADOS MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE LICENCIA DE HABILITACIÓN URBANA DEL LOTE ÚNICO PARA FINES INDUSTRIALES N° 010-2013-MDLCH/GOPRI, FECHA 12.07.2013, LOS CUALES SON LOS SIGUIENTES: PLANO N° 010A-2013-MDLCH/GOPRI-HU, PLANO N° 10B-2013-MDLCH/GOPRI-HU, PLANO N° 10C-2013-MDLCH/GOPRI-HU, PLANO N° 10D-2013-MDLCH/GOPRI-HU Y SU MEMORIA DESCRIPTIVA. TRAMITADA CON EXPEDIENTE N° 4379-2013**". [Sic]

A través de la Carta N° 716-2021/MDL-SG notificada al recurrente con el correo electrónico de fecha 26 de noviembre de 2021¹, se le remitió al recurrente el Informe N° 187-2021/MDL-GOPRI de fecha 25 de noviembre de 2021, mediante el cual la entidad atendió la solicitud señalando lo siguiente: "(...) **Al respecto, se informa que se realizó la búsqueda de dicho expediente en el archivo temporal de esta Gerencia, el cual se encuentra en proceso de actualización donde hasta la fecha, no se ubicó el Expediente N° 4379-2013 debido a que no se cuenta con un registro actualizado de los expedientes que se encuentran en el archivo.**"

Con fecha 17 de diciembre de 2021, el recurrente interpuso ante la entidad el recurso de apelación materia de análisis contra el Informe N° 187-2021/MDL-GOPRI, recurso que fue remitido a esta instancia el 20 de diciembre de 2021 con el Oficio N° 284-

¹ Fecha indicada por el recurrente en su recurso de apelación



2021/MDL-SG, en el cual se indica que los fundamentos para denegar la información impiden y afectan la transparencia institucional, ya que son un pretexto para no brindar la información, y que es obligación de la entidad tener en custodia todos los archivos que bajo sus funciones y competencia han sido emitidos. Agrega que la información solicitada no afecta la intimidad o seguridad nacional.

Mediante la Resolución 002717-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA de fecha 28 de diciembre de 2021 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, por error involuntario al recurrente; lo cual fue advertido por aquel con el escrito presentado a esta instancia con fecha 12 de enero de 2022, y en el que además señala que, en oportunidades anteriores había solicitado a la entidad la información en comentario, recibiendo como respuesta su denegatoria.



Mediante la Resolución 000105-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA² de fecha 13 de enero de 2022, se rectificó el error material incurrido en el artículo 2 de la resolución precedentemente citada, disponiendo requerir a la entidad que, en el plazo de 4 días hábiles, proceda a remitir el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos; los cuales fueron presentados con fecha 27 de enero de 2022, con el Oficio N° 015-2022/MDL-SG, adjuntando el Informe N° 036-2022/MDL-GOPRI de fecha 27 de enero de 2022, exponiendo las acciones realizadas para buscar y encontrar la información, precisando lo siguiente:

“- Se realizó la búsqueda del Expediente N° 4379-2013 en el cuaderno de cargos de asignación de expedientes al personal de la Gerencia de Obras Privadas del año 2013, y se visualizó que con fecha 01.06.2015 el citado Expediente fue retirado del archivo.

Cabe mencionar que, con Informe N° 001-2019/MDL-GOPRI se comunicó a Gerencia Municipal que no se ha ubicado los cuadernos de cargos de asignación de expedientes al personal de los años 2015, 2016 y 2017 según lo indicado en Informe N° 001-2019-MDL-GOPRI-SGHUYOP-AMG.

-Indistintamente de los antes mencionado, se realizó la búsqueda reiteradas veces el Expediente en el archivo temporal de Gerencia, no ubicando a la fecha el Expediente en consulta, dado que el archivo se encuentra en proceso de actualización.

-Además, se informa que, en la transferencia de gestión no hubo entrega detallada de los expedientes que obran en el archivo temporal asignado a la Gerencia de Obras Privadas.

Es importante indicar que en esta Gerencia no se tiene un adecuado sistema de archivos de expedientes de los años anteriores al 2018, así como no se cuenta con un registro actualizado ni digital del control de expedientes que son enviados al archivo de la Gerencia de Obras Privadas.”



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

² Notificada mediante Cedula de Notificación N° 000502-2022-JUS/TTAIP en la mesa de partes de la entidad <https://munichosica.gob.pe/mesa-de-partes-virtual/login>, el 21 de enero de 2022, con acuse de recibo automático de la misma fecha; 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 N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



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° 021-2019-JUS³, 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.



2.1. Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la respuesta otorgada por la entidad se encuentra acorde a la Ley de Transparencia.

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 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.

³ En adelante, Ley de Transparencia.

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”.

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 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, 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)

Asimismo, 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 señalar que el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades indica 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 (...);” y el artículo 118 de la referida ley indica 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 agregado)

Siendo ello así, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de los gobiernos locales, de modo que la documentación que la entidad posea, administre o haya 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.

En el presente caso, el recurrente solicitó a la entidad que le envíe por correo electrónico “(...) *COPIA CERTIFICADA DE LOS DOCUMENTOS APROBADOS MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE LICENCIA DE HABILITACIÓN URBANA DEL LOTE ÚNICO PARA FINES INDUSTRIALES N° 010-2013-MDLCH/GOPRI, FECHA 12.07.2013, LOS CUALES SON LOS SIGUIENTES: PLANO N° 010A-2013-MDLCH/GOPRI-HU, PLANO N° 10B-2013-MDLCH/GOPRI-HU, PLANO N° 10C-2013-MDLCH/GOPRI-HU, PLANO N° 10D-2013-MDLCH/GOPRI-HU Y SU MEMORIA DESCRIPTIVA. TRAMITADA CON EXPEDIENTE N° 4379-2013*”; y la entidad atendió la solicitud señalando que luego de efectuada la búsqueda de la información no pudo encontrarla debido a que no cuenta con un registro actualizado de la información que se encuentra en el archivo.



Posteriormente, en sus descargos, reiteró dicho argumento, agregando que con fecha 01.06.2015 visualizó en el cuaderno de cargos de asignación de expedientes al personal de la Gerencia de Obras Privadas, que el expediente solicitado fue retirado del archivo, y que no ubica los cuadernos de cargos de asignación de expedientes al personal de los años 2015, 2016 y 2017; pero que, sin perjuicio de ello, buscó reiteradas veces el expediente en el archivo temporal de Gerencia de Obras Privadas, no ubicándolo a la fecha, dado que el archivo se encuentra en proceso de actualización. Agrega que en la transferencia de gestión no hubo entrega detallada de los expedientes que obran en el archivo temporal asignado a la Gerencia de Obras Privadas, la cual además no tiene un adecuado sistema de archivos de expedientes de los años anteriores al 2018, y no cuenta con un registro actualizado ni digital del control de expedientes enviados a su archivo.



De lo anterior se aprecia que la entidad no cuestiona la publicidad de la información, por lo que ello no es materia controvertida en este caso; no obstante, la entidad ha denegado la información argumentando que la misma obraba en el archivo de la Gerencia de Obras Privadas y que fue retirado de este el 01.06.2015 y que pese a las reiteradas búsquedas de la información en el archivo temporal de la aludida gerencia, no ha podido ubicarla, dado que no cuenta con los cuadernos de cargos de asignación de expedientes de los años 2015, 2016 y 2017 y porque no cuenta con un registro actualizado ni digital del control de expedientes enviados a su archivo; desprendiéndose de ello que, la información ha sido generada en la entidad, se encontraba bajo su custodia hasta el año 2015, específicamente en el archivo de la Gerencia de Obras Privadas, y que la información fue retirada de dicha área, encontrándose a la fecha, extraviada.

Al respecto, es necesario señalar que, 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)

Asimismo, 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 de 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).

Así también, es importante señalar que el artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que *"[c]uando 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"*.

En la misma línea, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁴, 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)

⁴ En adelante Reglamento de la Ley de Transparencia.



Adicionalmente, el literal h) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que la máxima autoridad de la entidad tiene la obligación de *“Disponer la inmediata recuperación o reconstrucción de la información afectada por alguna de las conductas antes mencionadas”*.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes descritas, es deber legal de la entidad mantener registros de la información pública que está obligada a custodiar, agotando su búsqueda frente a una solicitud de información, y en caso aquella no sea ubicada, sin perjuicio de las responsabilidades que ello conlleve, debe disponer inmediatamente su reconstrucción, no habiendo acreditado la entidad que haya iniciado acciones para ello.

En consecuencia, corresponde amparar el recurso de apelación y ordenar a la entidad que reconstruya la información solicitada y luego entregarla, conforme a lo establecido en las normas y jurisprudencia antes desarrolladas.



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.

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 expuestos⁵ 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; asimismo, ante la ausencia de la Vocal Titular de la Primera Sala María Rosa Mena Mena por descanso físico, interviene en la presente votación la Vocal Titular de la Segunda Sala de esta instancia Vanesa Vera Munte⁶;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **DROKASA PERU S.A, REVOCAR** la Carta N° 716-2021/MDL-SG y el Informe N° 187-2021/MDL-GOPRI; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LURIGANCHO – CHOSICA** que reconstruya la información solicitada y efectúe su entrega, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente

⁵ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁶ Conforme a lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto Supremo N° 019-2017-JUS, así como a la designación formulada de acuerdo a lo establecido en el Artículo 1 de la Resolución N° 031200212020 de fecha 13 de febrero de 2020; así como lo acordado en el Acta de Sala Plena de fecha 3 de agosto de 2020.

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 LURIGANCHO – CHOSICA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **DROKASA PERU S.A.**

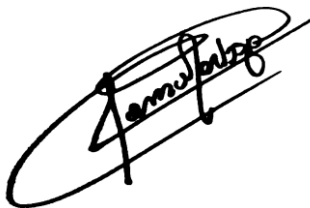
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **DROKASA PERU S.A** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LURIGANCHO – CHOSICA**, 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).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal



VANESA VERA MUENTE
Vocal

vp: vvm/micr