



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 002940-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02593-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **JESSICA YANINA FALCÓN GARCÍA**
Entidad : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 16 de diciembre de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 02593-2022-JUS/TTAIP de fecha 4 de noviembre de 2022, interpuesto por **JESSICA YANINA FALCÓN GARCÍA** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE** con Documento N° 65681 de fecha 2 de diciembre de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 2 de diciembre de 2021, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó la siguiente información:

“Solicito Expediente Completo N° 7561-11 con todos sus anexos correspondientes a la Empresa de Transporte Estrella S.A.”

El 17 de octubre de 2022, al no tener respuesta de la entidad, la recurrente consideró denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis.

Mediante Resolución 002803-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹, esta instancia admitió a trámite el recurso de apelación y solicitó a la entidad que en un plazo máximo de cuatro (4) días formule sus descargos; requerimientos que fueron atendidos con Oficio N° 01007-2022-MDA/SG de fecha 14 de diciembre de 2022, mediante el cual señala que con Carta N° 2037-2021-MDA/SG recibida el 12 de enero de 2022 se brindó atención a la solicitud de la recurrente, habiéndose otorgado dicha comunicación al señor Enrique Romero, en calidad de representante de la recurrente.

¹ Notificada a la entidad, con fecha 12 de diciembre de 2022, mediante Cédula de Notificación N° 11530-2022-JUS/TTAIP.

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.

En este marco, 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 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 del principio de publicidad.

A su vez, el artículo 10 de la Ley de Transparencia 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.

Además, los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto establecen las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información, consistentes en la información que sea calificada como secreta, reservada y confidencial, respectivamente, precisándose en el artículo 18 de la referida ley, que los artículos que establecen las excepciones 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 consiste en determinar si la solicitud de acceso a la información pública fue atendida conforme a la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

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”*.

Asimismo, ha precisado que les corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el

² En adelante, Ley de Transparencia.

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).



En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.



En este marco, 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 cuenten o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, en tal sentido, efectuando una interpretación *contrario sensu*, es 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.

Asimismo, con relación a los gobiernos locales, es pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, 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 N° 27444 (...).”* (subrayado agregado), estableciendo de ese modo que uno de los principios rectores de la gestión municipal es el principio de transparencia.

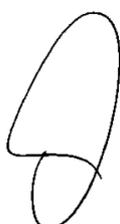
En esa línea, el último párrafo del artículo 118 de la referida ley establece que *“El vecino tiene derecho a ser informado respecto a la gestión municipal y a solicitar la información que considere necesaria, sin expresión de causa; dicha información debe ser proporcionada, bajo responsabilidad, de conformidad con la ley en la materia.”* (subrayado agregado).

Siendo ello así, 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.

En el caso de autos, la recurrente solicito copia del "(...) Expediente Completo N° 7561-11 con todos sus anexos correspondientes a la Empresa de Transporte Estrella S.A.". Ante dicho requerimiento, la apelante, manifiesta que la entidad no atendió su solicitud, formulando ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis.



No obstante, mediante la formulación de sus descargos, alcanzados a esta instancia con Oficio N° 01007-2022-MDA/SG de fecha 14 de diciembre de 2022, la entidad informa que atendió la solicitud de la recurrente mediante Carta N° 2037-2021-MDA/SG recibida el 12 de enero de 2022, por el Sr. Enrique Romero apoderado de la recurrente, que adjunta copia del Informe N° 0327-2021-MDA/GDE-SGTTV de fecha 20 de diciembre de 2021 emitido por la Sub Gerencia de Tránsito, Transporte y Viabilidad, agregando "Con la cual se da por concluido el trámite de acceso a la información pues dicha documentación no obra en el archivo documentario tal como se señala en el informe antes mencionado."



En el mencionado Informe, N° 0327-2021-MDA/GDE-SGTTV se señala: "Al respecto, el Área de Registro Municipal ha emitido el Informe de la referencia [en la referencia se señala: Proveído N° 916-2021 MDA/SG y Proveído N° 5961-2021 MDA/SGTTV] en el cual indica que no se cuenta con el expediente N° 7561. Lo cual se le hace de su conocimiento para sus fines pertinentes". Asimismo, obra copia del Informe N° 010-2021-MDA-GDE/SGTTV de la misma fecha emitido por la señora Vanesa Noa Rodríguez, personal de apoyo administrativo, mediante el cual señala que "(...) pese a la amplia búsqueda realizada, no ha podido ser encontrado el expediente N° 17561-11 [sic]". (subrayado agregado)



Al respecto, cabe señalar que conforme al artículo 10 de la Ley de Transparencia, las entidades de la Administración Pública deben proveer la información pública contenida en cualquier soporte o formato, siempre que haya sido creada, obtenida o este en su posesión o bajo su control. Igualmente, el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia dispone 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 este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada" (subrayado agregado);

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 en caso una entidad de la Administración Pública no localiza la 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.

Así, en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07675-2013-PHD/TC, el colegiado indicó:

"[...] en consideración de este Tribunal, esta fundamentación resultaría 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 [...]” (subrayado agregado).

En el mismo sentido, 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. Al respecto, conforme al 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 procedió 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)*

Igualmente, en el supuesto de inexistencia de la información requerida, es importante resaltar que mediante la Resolución N° 010300772020 emitida por esta instancia y publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 11 de febrero de 2020, se declaró precedente administrativo de observancia obligatoria lo siguiente:

*“Las entidades no podrán denegar el acceso a la información pública, argumentando únicamente que la documentación requerida no ha sido creada por ésta, atendiendo a que el derecho de acceso a la información pública abarca no solamente la posibilidad de obtener aquella que ha sido generada por la propia institución, sino también a la que no siendo creada por ésta, se encuentra en su posesión. En tal sentido, cuando las entidades denieguen el acceso a la información pública en virtud a la inexistencia de la documentación requerida, deberán previamente verificar mediante los requerimientos a las unidades orgánicas que resulten pertinentes si la información: i) fue generada por la entidad; y, ii) si ha sido obtenida, se encuentra en su posesión o bajo su control; asimismo, **luego de descartar ambos supuestos, deberán comunicar***

de manera clara y precisa dicha circunstancia al solicitante.
(subrayado y resaltado agregado)



Además, el primer párrafo del artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, señala 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”; asimismo, el último párrafo del citado artículo apunta que, “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);



Asimismo, 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 agregado)



De una lectura conjunta de los artículos citados, resulta una obligación de las entidades de la Administración Pública, la conservación de la información en su poder en tanto ello, permitirá el ejercicio pleno del derecho de acceso a la información pública. Asimismo, ante los supuestos de extravío o la destrucción, extracción, alteración o modificación, indebidas, de la información, corresponderá al órgano de administración de archivo, quien haga sus veces o el funcionario poseedor, agotar bajo responsabilidad, todas las acciones que resulten necesarias para recuperar la información afectada por las conductas señaladas; debiendo el responsable de atender la solicitud informar dicha situación a la persona solicitante, entre otras circunstancias, la imposibilidad de brindar la información requerida por no haberla podido recuperar.

En el caso de autos, la entidad no ha señalado si no cuenta con el Expediente N° 7561-11 o no ha podido encontrarlo por no haberlo generado (la numeración es inexistente) o si habiéndolo generado su inexistencia se debe a su extravío o, destrucción, extracción, alteración o modificación, indebida; habiéndose limitado a señalar que, el “Área de Registro Municipal ha emitido el Informe de la referencia en el cual indica que no se cuenta con el expediente N° 7561”, conforme al Informe N° 0327-2021-MDA/GDE-SGTTV antes mencionado.

Cabe agregar que en relación a la entrega a la recurrente de la Carta N° 2037-2021-MDA/SG que según informa la entidad en sus descargos fue recibida el 12 de enero de 2022 por el señor Enrique Romero “en representación de la administrada para lo cual adjuntó poder simple y a través de la cual se hace entrega de la copia del Informe N° 327-2021-MDA-GDE/SGTTV” se debe precisar que el poder obrante en autos otorgado por la recurrente al Sr. Enrique Romero Fernández para el recojo de documentos esta referido al Expediente N° **65670** de fecha 2 de diciembre de 2021, distinto al que es materia del presente procedimiento, el mismo que esta signado con N° **65681**.

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

Siendo ello así, se colige que la entidad tiene el deber de acreditar, la búsqueda de la información requerida dentro de su entidad, sin distinción de las oficinas o dependencias, señalando si no cuenta con el expediente por no haberlo creado o si habiéndolo creado este se encuentra en alguno de los supuestos de inexistencia antes mencionados, así como el haber agotado esfuerzos para su recuperación o en su defecto comunicar respecto a la imposibilidad de brindar la información requerida por no haberla podido recuperar, conforme a los considerandos expuestos en la presente resolución.

Finalmente, en virtud a lo dispuesto en los artículos 30 y 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.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y 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 presentado por **CARLA GRACE CHACÓN ROJAS**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE BREÑA** que efectúe la búsqueda de la información sin distinción de las oficinas o dependencias, a fin de ubicarla y brindarla a la recurrente, o en su defecto comunicar respecto a la imposibilidad de brindar la información requerida por no haberla podido recuperar, conforme a los considerandos expuestos 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 BREÑA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

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.

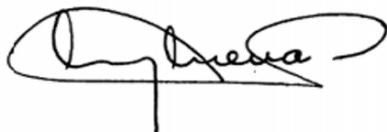
Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **CARLA**

GRACE CHACÓN ROJAS y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE BREÑA**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del 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



MARIA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp:mmm/jchs