

Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga la obligación de contar al momento de efectuarse el pedido” (subrayado agregado).

Asimismo en dicho oficio la entidad señala que en el marco del aislamiento social obligatorio dispuesto hasta el 31 de octubre de 2020 debido a la declaración del Estado de Emergencia Nacional y la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 626-2020-MP-FN que aprueba el Protocolo de retorno progresivo, trabajo remoto y medidas sanitarias así como la Resolución de Gerencia General N° 000175-2020-MP-FN-GG que aprueba el Protocolo para la prevención, atención y control del Coronavirus (COVID 19) en la entidad, no es posible atender lo requerido por la falta de capacidad logística, operativa y de personal que tiene la entidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 15 B del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM¹, siendo posible entregar únicamente los términos de referencia de la mencionada convocatoria CAS, publicados en el Portal de la entidad.

Con fecha 12 de octubre de 2020, la recurrente interpone recurso de apelación ante esta instancia solamente respecto de la no entrega de los documentos administrativos generados para la elaboración de los términos de referencia para el concurso CAS 370-2017, por lo que esta instancia se pronunciará respecto del referido extremo.

Mediante la Resolución N° 010107822020 de fecha 23 de octubre de 2020², se solicitó a la entidad la remisión del expediente administrativo correspondiente y la formulación de sus descargos, los que fueron remitidos mediante Oficio N° 002748-2020-MP-FN-PJFSJUNIN, presentado a esta instancia el 6 de noviembre de 2020, alegando que existió diligencia para solicitar la búsqueda de información a la Oficina de Administración de Potencial Humano la que además de remitir el Oficio N° 05582-2020-MP-FN-GG-OGPOHU-OAPH señaló que no cuenta con la información en su despacho y que por causa del estado de emergencia nacional y la falta de capacidad operativa, logística y de recursos humanos no es posible atender lo requerido, informó posteriormente vía telefónica que no es posible recabar la información por encontrarse el personal internado en el hospital por problemas de salud.

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° 021-2019-JUS³, 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.

¹ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

² Notificada a la entidad con fecha 30 de octubre de 2020, mediante Cédula de Notificación N° 5079-2020-JUST/TTAIP.

³ En adelante, Ley de Transparencia.

Asimismo, el tercer párrafo del artículo 13 de dicha norma 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 cuyo 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.

2.1. Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si el ítem 4 de la solicitud de acceso a la información pública fue atendida de acuerdo a la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Bajo los alcances 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, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas”.

Concordante con ello, en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, dicho colegiado estableció que:

“(…) la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción” (subrayado agregado).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que le corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC:

“(…) 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).

De autos se observa que la recurrente solicitó a la entidad copia simple de los documentos administrativos generados para la elaboración de los términos de referencia para el concurso CAS 370-2017 y la entidad contestó que habiendo requerido la información a la Oficina de Administración de Potencial Humano esta informó que la misma no se encontraba en su despacho y por falta de

recursos humanos, logísticos y operativos no era posible recabar la información requerida.

Cabe mencionar que los antecedentes documentales de una convocatoria laboral son documentos de gestión de recursos humanos tales como requerimiento del área usuaria, características del servicio a prestarse, disponibilidad presupuestal, entre otros, que fundamentan la necesidad de la convocatoria para satisfacer un servicio en cumplimiento de los fines propios de la entidad. En tal sentido, al amparo del artículo 10 de la Ley de Transparencia, antes detallado, es información que la entidad tiene la obligación de poseer y tiene además carácter público salvo que se invoque respecto de ella alguna excepción al acceso a la información prevista en la Ley de Transparencia.

Al respecto, en relación a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley de Transparencia, en el sentido de la progresiva difusión a través de internet de las adquisiciones de bienes y servicios que realicen las entidades, incluyendo el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos, resulta ilustrativo lo señalado por el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 7 y 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 06460-2013-PHD/TC al precisar que el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, conforme párrafo:



“7. El Estado se encuentra en la ineludible obligación de materializar estrategias viables para gestionar sus escasos recursos públicos de manera transparente y eficiente. La ciudadanía, por su parte, tiene derecho a participar activamente en la marcha de los asuntos públicos, fiscalizando la forma en que se gastan los recursos públicos. En tales circunstancias, es evidente que independientemente de las razones por las cuales el demandante requiera tal información, no puede soslayarse que la misma tiene el carácter de información pública. Ello se produce en la medida que se circunscribe a adquisiciones gubernamentales no relacionadas a institutos castrenses o policiales cuya divulgación pueda repercutir negativamente en la seguridad nacional a nivel externo o interno, en cuyo caso, podría justificarse una respuesta negativa. Simple y llanamente, estamos frente a una interpelación de la manera cómo el Estado realiza una obra pública.



8. En la medida que el Estado está al servicio de la ciudadanía cuyos gestores se encuentran obligados a divulgar el sentido de sus decisiones, así como sus acciones de manera íntegra y transparente, el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, tanto más en un contexto en el que la ciudadanía percibe que los recursos públicos no son utilizados eficientemente. Y es que tan importante como el control del gasto público que realiza la Contraloría, es el desarrollado por la ciudadanía en aras de su propio desarrollo económico y social.”



A mayor abundamiento sobre este tema, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 19 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00020-2003-AI/TC, lo siguiente:

“En consecuencia, si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76 de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya

única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario”.

Respecto a lo señalado por la entidad en el sentido de no contar con la información requerida en el despacho de la Oficina de Administración de Potencial Humano, e invocar el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, cabe señalar que en el presente caso la entidad no alegó la inexistencia de la información sino que fue el área de Administración de Potencial Humano la que informó no contar con la información en su despacho, siendo de aplicación el sexto párrafo del referido artículo que dispone 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”.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar 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)

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)

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”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional 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).

En este marco, de la revisión de autos se advierte que no obra en autos documento alguno que acredite que la entidad ha agotado las acciones necesarias para la ubicación de la información que según señala no se encuentra en el despacho de la Oficina de Administración de Potencial Humano, limitándose a informar que no cuenta con la capacidad necesaria para dicho fin.

Respecto a la situación de falta de capacidad operativa. Logística y de recursos humanos señalada por la entidad, debido a la declaración del Estado de Emergencia Nacional decretado a consecuencia del COVID 19 cabe señalar que conforme al literal g) del artículo 11 de la Ley de Transparencia, "Excepcionalmente, cuando sea materialmente imposible cumplir con el plazo señalado en el literal b) debido a causas justificadas relacionadas a la comprobada y manifiesta falta de capacidad logística u operativa o de recursos humanos de la entidad o al significativo volumen de la información solicitada, por única vez la entidad debe comunicar al solicitante la fecha en que proporcionará la información solicitada de forma debidamente fundamentada, en un plazo máximo de dos (2) días hábiles de recibido el pedido de información". (Subrayado agregado)

En la misma línea, el artículo 15-B del Reglamento de la Ley de Transparencia, ha precisado que:

"15-B.1 Para efectos de lo dispuesto por el inciso g) del artículo 11 de la Ley, se tiene en consideración los siguientes criterios:

1. Constituye falta de capacidad logística la carencia o insuficiencia de medios que se requieran para reproducir la información solicitada.
2. Constituye falta de capacidad operativa la carencia de medios para la remisión de la información solicitada tales como servicio de correspondencia, soporte informático, línea de internet, entre otros que se utilicen para dicho fin.
3. La causal de falta de recursos humanos se aplica cuando la solicitud de acceso a la información pública deba ser atendida por una entidad u órgano que no cuente con personal suficiente para la atención inmediata o dentro del plazo, considerando el volumen de la información solicitada, sin afectar sustancialmente la continuidad del servicio o función pública de su competencia.

15-B.2 Las condiciones indicadas deben constar en cualquier instrumento de gestión o acto de administración interna de fecha anterior a la solicitud, que acrediten las gestiones administrativas iniciadas para atender la deficiencia (...). (Subrayado agregado)

En este marco es posible establecer que a la fecha de presentación de la solicitud de acceso a la información pública, esto es el 29 de setiembre de 2020, el Estado de Emergencia Nacional había sido ya declarado y habían sido emitidas la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 626-2020-MP-FN que aprueba el Protocolo de retorno progresivo, trabajo remoto y medidas sanitarias, de fecha 6 de mayo de 2020 así como la Resolución de Gerencia General N° 000176-2020-MP-FN-GG que aprueba el Protocolo para la prevención, atención y control del Coronavirus (COVID 19) en la entidad, de fecha 1 de abril de 2020, por lo que la entidad debió cumplir con señalar dentro del plazo establecido en el literal g del artículo 11 antes mencionado las razones por las que la entrega de la información requería de un plazo ampliatorio, lo que no ha ocurrido.

Asimismo, cabe precisar que mediante la formulación de sus descargos, la entidad no ha descartado la posesión de dicha documentación, ni tampoco ha alegado la existencia de una causal de excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública contemplado en la Ley de Transparencia, a pesar de tener la carga de acreditar dichas circunstancias; por lo que, la Presunción de Publicidad respecto del acceso a dicha documentación se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada por la mencionada entidad.



En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que entregue la información pública solicitada mediante el ítem 4 de la solicitud de acceso a la información pública de fecha 29 de setiembre de 2020, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.



Finalmente, de conformidad con 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.

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 [REDACTED] contra la respuesta contenida en la Providencia N° 193-2020 y anexos, de fecha 9 de octubre de 2020; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **JUNTA DE FISCALES SUPERIORES DEL DISTRITO FISCAL DE JUNIN** que agote las acciones necesarias a fin de recabar la información requerida mediante el ítem 4 de la solicitud de acceso a la información pública de fecha 29 de setiembre de 2020, para su entrega a la recurrente conforme a lo detallado en los considerandos precedentes.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **JUNTA DE FISCALES SUPERIORES DEL DISTRITO FISCAL DE JUNIN**, que en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 1 de la presente resolución.

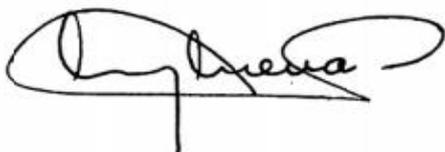
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública la notificación de la presente resolución a [REDACTED] y a la **JUNTA DE FISCALES SUPERIORES DEL DISTRITO FISCAL DE JUNIN** de conformidad con lo dispuesto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la Ley N° 27444.

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



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presicente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

Vp:mrrm/idcg