



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010202202019

Expediente : 00680-2019-JUS/TTAIP
 Impugnante : **EMPRESA OLIVOS 3088 S.A.C.**
 Entidad : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LOS OLIVOS
 Sumilla : Declara improcedente recurso de apelación

Miraflores, 25 de setiembre de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00680-2019-JUS/TTAIP de fecha 4 de setiembre de 2019, interpuesto por **EMPRESA OLIVOS 3088 S.A.C.**¹ representado por Tabatha La Cruz Vichino, contra la Carta N° 422-2019-MDLO/SG/SGACyGD, notificada el 14 de agosto de 2019, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LOS OLIVOS**² con fecha 26 de julio de 2019.

CONSIDERANDO:

Que, 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, a excepción de las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional, asimismo, el numeral 6 establece el derecho de la autodeterminación informativa;

Que, el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 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;

Que, 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 Intereses³, precisa que corresponde a este Tribunal resolver los recursos de apelación contra las decisiones de las entidades comprendidas en el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁴;

¹ En adelante, la recurrente.
² En adelante, la entidad.
³ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.
⁴ En adelante, Ley N° 27444.

Que, en el presente caso la recurrente es una persona jurídica que con fecha 26 de julio de 2019, presentó una solicitud de acceso a la información pública dirigida a la Municipalidad Distrital de Los Olivos requiriendo copia simple de las respuestas a los Expedientes N° S-21568-02018 y S-01046-2018;

Que, de autos se observa que la información materia de la solicitud de acceso a la información pública fue generada por la propia recurrente, pues de la revisión de la documentación adjunta al recurso de apelación⁵, se advierte que son documentos presentados ante la entidad, en los cuales se realizan requerimientos que no versan sobre temas del derecho de transparencia y acceso a la información pública, por el contrario, lo relacionado cuenta con información relacionada con procedimientos de desarrollo urbano. En tal sentido, la entidad comunicó a la impugnante⁶ que las respuestas dictadas en los expedientes no fueron halladas en el archivo de su Subgerencia de Catastro y Obras Privadas, debido a que dichas áreas encontraron deficiencias en los cargos de entrega de la anterior gestión municipal;

Que, de lo antes expuesto, se advierte que lo requerido por la recurrente es obtener copia simple de las respuestas a los expedientes antes señalados, los mismos que fueron generados en el año 2018, es decir, solicita información sobre procedimientos generados por ella misma, requerimiento que constituye el ejercicio del derecho de acceso al expediente administrativo previsto en la Ley N° 27444;

Que, sobre lo antes señalado, debemos precisar que la norma antes anotada ha incorporado el "*Principio de acceso permanente*" en el numeral 1.19 del artículo IV del Ley N° 27444, en el cual se establece que "[[l]a autoridad administrativa está obligada a facilitar información a los administrados que son parte en un procedimiento administrativo tramitado ante ellas, para que en cualquier momento del referido procedimiento puedan conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en dicho procedimiento, sin perjuicio del derecho de acceso a la información que se ejerce conforme a la ley de la materia" (el subrayado es nuestro);

Que, el cuarto párrafo del artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, señala el ámbito de aplicación de la referida normativa, dispone que "[e]l derecho de las partes de acceder a la información contenida en expedientes administrativos se ejerce de acuerdo a lo establecido en el Artículo 160° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sin perjuicio de la vía procesal que el solicitante de la información decida utilizar para su exigencia en sede jurisdiccional"; en tal sentido, existe una diferencia entre el acceso a la información pública y el acceso al expediente administrativo propio en curso dentro de las administración pública;

Que, en esa línea el inciso 171.1 del artículo 171° de la Ley N° 27444 que recoge actualmente el texto del citado artículo 160° de la norma previa señala que "*Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas (...)*";

⁵ Documento elevado a este colegiado el 4 de setiembre de 2019 mediante el Oficio N° 358-2019-MDLO/SGACGD. Mediante la Carta N° 422-2019-MDLO/SG/SGACYGD, documento que se remite al Informe N° 346-2019-MDLO/GDU/SGOPCPU.

Que, el inciso 171.2 del referido artículo, la forma de realizar el pedido de información por derecho de acceso al expediente *"El pedido de acceso al expediente puede hacerse verbalmente, sin necesidad de solicitarlo mediante el procedimiento de transparencia y acceso a la información pública, siendo concedido de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental"*. (el subrayado es nuestro);

Que, conforme se advierte de las referidas normas, el derecho de acceso a la información pública tiene un contenido distinto al derecho de acceso al expediente administrativo, correspondiendo este último al ejercicio del derecho de defensa de un administrado en cualquier procedimiento administrativo en el que es o ha sido parte, al mantener un interés legítimo, directo, prioritario y efectivo en acceder a la información relacionada directamente con el administrado o sus intereses, por lo que goza de una protección especial, directa, rápida y eficaz;

Que, en este sentido, el derecho de acceso al expediente no tiene las restricciones ni los condicionamientos previstos por el derecho de acceso a la información pública, respecto de las excepciones, plazos y requisitos previstos en la Ley de Transparencia, que está concebida para terceros ajenos que no tienen un acceso directo e inmediato a un expediente administrativo;

Que, consecuentemente la solicitud de información presentada por la recurrente no corresponde ser tramitada como una solicitud de acceso a la información pública, sino como un requerimiento de información en ejercicio del derecho de acceso al expediente administrativo;

Que, siendo así, debemos tener en cuenta lo dispuesto por el numeral 93.1 del artículo 93° de la Ley N° 27444, el cual establece que el órgano que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado;

Que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 7° del Decreto Legislativo N° 1353, corresponde a este Tribunal resolver los recursos de apelación en materia de transparencia y derecho al acceso a la información pública contra las decisiones de las entidades comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, no siendo competente para conocer y/o emitir pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión de la recurrente, por lo que corresponde declarar improcedente el recurso de apelación de fecha 23 de julio de 2019;

Que, en consecuencia, de conformidad con los numerales 111.1 y 111.2 del artículo 111° de la Ley N° 27444, con votación en mayoría;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 00680-2019-JUS/TTAIP de fecha 4 de setiembre de 2019, interpuesto por la **EMPRESA OLIVOS 3088 S.A.C.** representado por Tabatha La Cruz Vichino, contra la Carta N° 422-2019-MDLO/SG/SGACyGD, notificada el 14 de agosto de 2019, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LOS OLIVOS** con fecha 26 de julio de 2019.

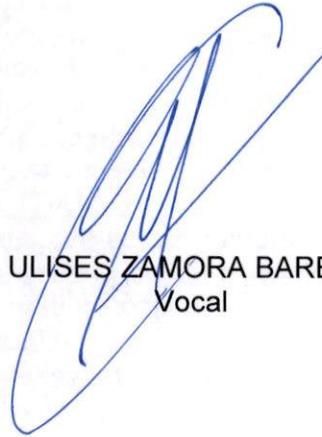
Artículo 2.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública **REMITIR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LOS OLIVOS** la documentación materia del presente expediente, para su conocimiento y fines pertinentes, de acuerdo a su competencia.

Artículo 3.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a la **EMPRESA OLIVOS 3088 S.A.C.** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LOS OLIVOS**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18° de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: uzb

Expediente: 00680-2019-JUS/TTAIP

VOTO SINGULAR DE LA SRA VOCAL MARIA ROSA MENA MENA

En el caso de autos, en el marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10° – D del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS¹, considero que el recurso de apelación interpuesto por la **EMPRESA OLIVOS 3088 S.A.C.**, representada por Tabatha De la Cruz Vichino, contra la Carta N° 422-2019-MDLO/SG/SGACyGD, emitida por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LOS OLIVOS** y notificada a la recurrente el 14 de agosto de 2019, debe declararse fundado por las siguientes razones.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 26 de julio de 2019², la recurrente solicitó las respuestas emitidas por la Municipalidad Distrital de Los Olivos a las solicitudes que presentó y que generaron los Expedientes N° S-21568-2018 y S-01046-2018.

Conforme a lo expuesto por la recurrente, mediante la Carta N° 422-2019-MDLO/SG/SGACyGD, notificada el 14 de agosto de 2019, la entidad denegó la entrega de las referidas respuestas debido a que no fueron halladas en el archivo de la Subgerencia de Catastro y Obras Privadas de la entidad.

El 2 de septiembre de 2019 la recurrente interpuso ante la entidad el recurso de apelación materia de análisis, sosteniendo que su Subgerencia de Catastro y Obras Públicas le había indicado que los expedientes de su interés fueron atendidos y que debía esperar su notificación. No obstante, solo recibió como respuesta la Carta N° 422-2019-MDLO/SG/SGACyGD, mediante la cual se le comunicó que la información requerida no pudo encontrarse en los archivos de la referida oficina.

A través de la Resolución N° 010105752019 de fecha 11 de septiembre de 2019³, se admitió a trámite el recurso de apelación materia de análisis, requiriendo a la entidad la formulación de sus descargos, los cuales no fueron remitidos a la fecha.

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.

¹ Decreto Supremo que modifica el Reglamento 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, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2017-JUS. **"Artículo 10-D.- Funciones de los Vocales**

El vocal tiene las siguientes funciones:

[...]

3) *Participar y votar en las sesiones de la Sala que integra; así como, expresar las razones de su voto singular o discrepante".*

² Solicitud con Registro N° E-18012-2019.

³ Notificada a la entidad el 23 de septiembre de 2019.

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° 043-2003-PCM⁴, 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.

Asimismo, 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.

Cabe anotar que el artículo 13° de la Ley de Transparencia, modificado por el 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, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe estar debidamente fundamentada por las excepciones establecidas en dicho cuerpo normativo, y el artículo 5° de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁵, prevé que toda denegatoria debe exponer las razones de hecho que la justifican.

Asimismo, el artículo 13° de la Ley de Transparencia añade que la solicitud de información no supone la obligación de las entidades públicas de crear o producir información con la que no cuenten o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, las entidades de la Administración Pública deberán 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



La controversia consiste en determinar si la entidad cuenta o debía contar con la información solicitada por la recurrente.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

La suscrita considera pertinente analizar la pretensión de la impugnante relativa a la entrega de las respuestas emitidas por la entidad en los Expedientes N° S-21568-2018 y S-01046-2018 de acuerdo a los siguientes puntos: a) la consideración del requerimiento de la recurrente como una solicitud de acceso a la información pública y b) la entrega de dicha información.

a) Sobre la consideración del requerimiento de la recurrente como una solicitud de acceso a la información pública

En el caso de autos se advierte que la recurrente solicitó la entrega de las respuestas dictadas por la entidad a dos solicitudes que presentó y que generaron los expedientes en mención, los cuales estuvieron bajo su posesión.

Al respecto el cuarto párrafo del artículo 2° del Reglamento de la Ley de Transparencia señala que “[e]l derecho de las partes de acceder a la información contenida en expedientes administrativos se ejerce de acuerdo a

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

⁵ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

lo establecido en el Artículo 160 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sin perjuicio de la vía procesal que el solicitante de la información decida utilizar para su exigencia en sede jurisdiccional”.

Además, el artículo 160° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, está actualmente recogido en el artículo 171° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁶, cuyo inciso 171.1 señala que “[l]os administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas (...)”, constituyéndose en una herramienta esencial para el ejercicio de derecho de defensa.

Sin embargo, el derecho de las partes de acceder a los expedientes en que participen no excluye o niega el procedimiento de la Ley de Transparencia, conforme al inciso 171.2 del mencionado artículo 171° de la Ley N° 27444, al señalar: “El pedido de acceso al expediente puede hacerse verbalmente, sin necesidad de solicitarlo mediante el procedimiento de transparencia y acceso a la información pública” (subrayado añadido), extremo que permite su ejercicio facultativo sin ningún impedimento basado en el carácter personal o no de la información.

Asimismo, es pertinente indicar que el derecho de acceso a la información pública protege las facultades de solicitar y recibir información bajo tenencia de las entidades públicas, de manera completa, clara y oportuna, sin exceptuar la concerniente al propio solicitante o a aquella de naturaleza personal.

Siguiendo el numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, debe contarse con una noción amplia del concepto de información pública, en tanto dicho dispositivo constitucional señala que el derecho de acceso a la información tutela la facultad de toda persona de obtener “(...) la información que requiera (...)” de parte de cualquier entidad pública, apreciándose que se reconoce la libertad a toda persona de decidir qué información requiere de una entidad de la Administración Pública.

Además, las leyes de desarrollo constitucional del derecho de acceso a la información pública también contemplan un concepto amplio de la información objeto de acceso, contándose que el numeral 1 del artículo 3°⁷ y el artículo 10° de la Ley de Transparencia⁸, como el numeral 1 del artículo 61° del Código Procesal Constitucional⁹, aprobado por la Ley N° 28237, disponen que toda

⁶ En adelante, Ley N° 27444.

⁷ “Artículo 3°. - Principio de publicidad

(...) 1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente Ley” (subrayado nuestro).

⁸ “Artículo 10°. - Información de acceso público

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” (subrayado nuestro).

⁹ “Artículo 61°. - Derechos protegidos

El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

1) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones,

información bajo tenencia del Estado es de acceso ciudadano, sin hacer mención al carácter personal o no de la misma.

En esa línea, en el Fundamento Jurídico 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional determinó que “[l]o realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como ‘información pública’ no es su financiación, sino la posesión (...)”.

Además, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos promueve una concepción amplia del derecho de acceso a la información pública y no una noción restrictiva que niegue su ejercicio en mérito a la identidad del solicitante o al carácter personal de la información, así el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sostiene en el párrafo 18 de su Observación General N° 34 que el derecho de acceso a la información pública “(...) comprende los registros de que disponga el organismo público, independientemente de la forma en que esté almacenada la información, su fuente y la fecha de producción” (subrayado nuestro).

Asimismo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que “[e]l derecho de acceso a la información pública protegido por la Convención Americana contiene implícitamente una amplia comprensión de la palabra ‘información’ y los Estados deben acompañar esta amplitud en sus propias leyes. El público debe tener acceso a todos los registros en poder del Estado, independientemente de su origen”¹⁰ (subrayado nuestro).

Teniendo en cuenta ello, bajo el amparo del ordenamiento jurídico nacional y los estándares internacionales, corresponde que toda institución pública tramite y resuelva la solicitud que una persona haya presentado en el marco de la Ley de Transparencia para acceder a información relativa a sí misma en poder del Estado, puesto que, en virtud del criterio de la posesión o tenencia, dicha información califica como información pública, la cual, de acuerdo al caso concreto y al régimen de excepciones, podrá ser entregada o no.

Cabe señalar que debe reconocerse la libertad a la persona de elegir el procedimiento que considere más adecuado para satisfacer sus necesidades o intereses, correspondiendo que, en caso se presentase una solicitud para acceder a información personal en el marco de la Ley de Transparencia, ésta se tramite como una solicitud de acceso a la información pública.

Además, la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión del Consejo de Derechos Humanos ha señalado que los Estados deben contar con “(...) mecanismos de examen independiente cuando se deniegue la solicitud”¹¹, lo cual se materializa con los procedimientos recursivos que tramita esta instancia, en tanto constituyen una vía externa e independiente a las entidades que rechazan proporcionar información, lográndose así que las personas no se encuentren en estado de

datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material” (subrayado nuestro).

¹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual 2003. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Washington, 2003, párrafo 35.

¹¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, a la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en relación al derecho de acceso a la información. Documento A/68/362. Ginebra, 2013, literal e) del párrafo 76.

indefensión y que las instituciones no eludan su obligación de entregar información pública.

Por lo expuesto, la suscrita no coincide con el análisis realizado por la resolución en mayoría, que sostiene que la solicitud de acceso a la información pública presentada por la recurrente corresponde que sea únicamente tramitada como una solicitud de acceso al expediente administrativo, enmarcada en el inciso 171.1 del artículo 171° de la Ley N° 27444, y sea remitida a la entidad, la misma que ya se había pronunciado en contra de proporcionar la información requerida.

b) Sobre la información requerida

Conforme al Principio de Publicidad, toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública, que se encuentre contenida en documentos escritos o en cualquier otro formato, es de acceso público, siempre que haya sido elaborada por estas o que se encuentre bajo su poder, y no esté dentro de las excepciones al derecho de acceso a la información pública.

Entre los efectos jurídicos de dicho principio se encuentran, de acuerdo al Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, las obligaciones de las entidades de fundamentar debidamente las denegatorias a las solicitudes de acceso a la información pública y de interpretar de manera restrictiva las causales de excepción: *“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”* (subrayado añadido).

Las respuestas denegatorias emitidas por entidades públicas a solicitudes de acceso a la información pública deben fundamentar su base legal, el fin legítimo que persiguen, su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad, tal como lo ha expuesto, sobre la base del tratamiento jurídico del derecho de acceso a la información pública en la Constitución Política del Perú y en la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos Jurídicos 29 y 33 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC:

“De lo antes expuesto, entre otras disposiciones constitucionales, se desprende que las excepciones que puedan ser reguladas por el legislador, para ser válidas deben cumplir las siguientes condiciones: i) deben estar previstas en la ley de forma expresa y estricta, no pudiendo quedar al libre arbitrio de cada entidad de la Administración Pública; ii) deben perseguir objetivos legítimos que estén indeliblemente unidos a la protección de un fin constitucional; iii) deben ser estrictamente necesarias lo que implica además elegir la medida menos restrictiva posible; y iv) deben ser proporcionales con el grado de restricción del derecho de acceso a la información pública, de modo que el grado de ventajas o satisfacción del fin constitucional que se quiere proteger con la excepción sea, por lo menos, mayor que el grado de desventajas o restricción del derecho de acceso a la información pública”.

(...) De lo expuesto se desprende cómo el derecho fundamental de acceso a la información pública reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, junto a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, conforman el parámetro de constitucionalidad que debe servir para identificar las exigencias constitucionales que se derivan de este derecho, así como las estrictas y únicas excepciones que pueden justificar la limitación del acceso a la información pública. Es conforme a dicho parámetro que la Administración Pública no sólo tiene la obligación constitucional de entregar la información que le soliciten los ciudadanos, salvo las aludidas excepciones, sino además aquella otra de efectivizar, incluso oficiosamente, los principios de publicidad y transparencia respecto de tal información” (subrayado añadido).

Conforme al Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, la obligación de motivar debidamente las denegatorias, verificando el cumplimiento de las condiciones expuestas anteriormente, corresponde a las entidades públicas.

“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 añadido).

En el caso materia de autos, se observa que, según la entidad, las respuestas dictadas en los Expedientes N° S-21568-2018 y S-01046-2018 no fueron halladas en el archivo de su Subgerencia de Catastro y Obras Privadas, debido a que dicha área encontró deficiencias en los cargos de entrega de la anterior gestión municipal¹².

De lo expuesto, se observa que la entidad tramitó y resolvió los procedimientos administrativos que generaron los expedientes en mención, sin embargo, por una cuestión relativa al procedimiento de transferencia del cargo, no pudieron ser hallados en el archivo de la Subgerencia de Catastro y Obras Privadas de la entidad.

Respecto a la decisión que resuelve la solicitud contenida en el Expediente N° S-01046-2018, se aprecia que versa sobre la visación de planos para habilitación urbana en un área ubicada en el distrito de Los Olivos, mientras que, sobre la decisión que resuelve la solicitud contenida en el Expediente N° S-21568-2018, la impugnante no ha precisado su contenido.

Sobre la documentación cuyo contenido se conoce, se observa que, de acuerdo al numeral 16 del artículo 41° del Reglamento de Organización y Funciones de la entidad, aprobado por la Ordenanza N° 491-CDLO, su Subgerencia de Catastro y Obras Privadas tiene entre sus funciones “[e]mitir

¹² Se debe señalar que las aseveraciones hechas por la recurrente en su escrito de apelación no fueron cuestionadas por la entidad, pese a haberse encontrado en la posibilidad de hacerlo.

resoluciones, certificados u otros relacionados con los trámites de aprobación de proyectos de habilitación urbana en todas sus modalidades, independencia de predios rústicos y recepción de obras de habilitación urbana”.

Siguiendo al artículo 21° de la Ley de Transparencia¹³, las entidades públicas se encuentran en la obligación de conservar en sus registros o archivos la documentación que generan u obtienen en ejercicio de sus funciones¹⁴, lo cual permite que la información se encuentre disponible para su divulgación a las personas.

Por su parte, se deduce de una interpretación contrario sensu del artículo 13° de la referida ley¹⁵ que la Administración Pública tiene, en virtud del derecho de acceso a la información pública, el deber de entregar la información con la que cuenta o se encuentra obligada a contar.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07440-2005-PHD/TC, las entidades no pueden alegar la inexistencia de información que, conforme a sus competencias y actos emitidos, deben tener bajo su poder.

“En el presente caso, la ONP [Oficina de Normalización Previsional] sostiene que existe imposibilidad material de cumplir con la solicitud del demandante, arguyendo que la información que contienen sus registros es escasa respecto al detalle requerido (f. 3, cuaderno del TC). Sin embargo, ello no es lo que corresponde a una entidad de tipo previsional, pues, como ya se ha indicado, una de sus funciones – y quizá la de mayor importancia– es, según el artículo 4, inciso f, de su Estatuto, la realización de las acciones de control, revisión, verificación y fiscalización de aportes y derechos pensionarios, motivo por el cual la información requerida debería estar en su poder. Es decir, si no la tiene, debió tenerla, pues queda claro que para haber emitido la Resolución 0000051120-2004/DC/DL19990, que reconoce el derecho del demandante, tuvo que contar con los datos necesarios para que un derecho fundamental sea plenamente respetado.”

Con lo dicho, no es aceptable ni razonable suponer que la ONP, con esta función asignada, no tenga la información requerida o no pueda acceder a ella con mayor facilidad y celeridad que el demandante, sobre todo cuando ella ha sido la encargada de procesar la información en el caso concreto, y según el artículo 61, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, está plenamente obligada a la entrega de la información” (subrayado añadido).

¹³ “Artículo 21.- Conservación de la información

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”.

¹⁴ Conforme al artículo 23° del Reglamento de la Ley de Transparencia, “[e]l cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley estará a cargo del Órgano de Administración de Archivos de la Entidad o del órgano o unidad orgánica que se le hayan asignado las funciones de gestión de archivos de acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones de la entidad. El Órgano de Administración de Archivos, el órgano o unidad orgánica que haga sus veces garantizarán el acopio, la organización y la conservación de la información de todas las dependencias de la Entidad” (subrayado añadido).

¹⁵ “Artículo 13.- Denegatoria de acceso

(...) 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”.

Por lo anterior, al observarse que la documentación requerida por la impugnante fue generada por la propia entidad en el marco de procedimientos administrativos, ésta debe encontrarse resguardada en sus archivos o registros, por lo que corresponde que la institución realice su búsqueda en las unidades u oficinas que puedan tener la información solicitada.

Es relevante indicar, además, que los ciudadanos tienen derecho a supervisar el desempeño de sus autoridades. De acuerdo al Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 8 de su sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-HD/TC, “[u]no de los elementos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho es la capacidad fiscalizadora por parte de la población, a fin de controlar a los funcionarios y servidores públicos. Esta idea central o nuclear del sistema democrático viene aparejada con el principio de publicidad (...)”.

En ese sentido, corresponde que la entidad proporcione la información solicitada a la impugnante y, de no hallarse la información luego de realizarse la búsqueda, debe disponer la adopción de medidas para su recuperación o reconstrucción, al tratarse de documentación extraviada o destruida de manera indebida, debiendo el responsable que atendió la solicitud de la recurrente, informar los avances y resultados de dichas acciones, de conformidad con el artículo 27° de la Ley de Transparencia¹⁶.



Sobre la decisión que resuelve la solicitud contenida en el Expediente N° S-21568-2018, la impugnante no ha explicado cuál es su contenido. Al respecto, se debe señalar que, en tanto se encuentra en poder de la entidad, está sujeta al principio de publicidad, por lo que es, en principio, de acceso general. No obstante, si en el caso concreto corresponde la aplicación de una causal de excepción establecida en la Ley de Transparencia, la entidad debe cumplir con acreditarlo, conforme a lo expuesto anteriormente.

Finalmente, es pertinente indicar que, de conformidad con los artículos 30° y 35° del Reglamento de la Ley de Transparencia, 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.

Estando a lo expuesto, mi voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 00680-2019-JUS/TTAIP interpuesto por la **EMPRESA OLIVOS 3088 S.A.C.**, representada por Tabatha De la Cruz Vichino, contra la Carta N° 422-2019-MDLO/SG/SGACyGD, emitida por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LOS OLIVOS**, debiendo realizar la búsqueda de las decisiones que pusieron fin a los procedimientos administrativos que generaron los Expedientes N° S-21568-2018 y S-1046-2018 en las unidades que puedan poseer dicha información; e informar a la

¹⁶ “Artículo 27 de la Ley de Transparencia. - Obligación de búsqueda de información extraviada y de comunicación de resultados

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 añadido).

impugnante, de no hallarse ésta, las acciones realizadas para su recuperación o reconstrucción, de conformidad con la parte considerativa del presente voto.



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta

Vp:mmm/taip17