



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 001207-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01039-2021-JUS/TTAIP
Impugnante : **SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE TACNA "LOS EDILES"**
Entidad : **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TACNA**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación.

Miraflores, 7 de junio de 2021



VISTO el Expediente de Apelación N° 01039-2021-JUS/TTAIP de fecha 17 de mayo de 2021, interpuesto por el **SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE TACNA "LOS EDILES"** contra la Carta N° 320-2021-OSGYAC/MPT recibida el 10 de mayo de 2021, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TACNA** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 23 de abril de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES



Con fecha 23 de abril de 2021, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad documentación vinculada al cumplimiento de los mandatos judiciales que ordenan la incorporación a la planilla del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 de dieciocho personas¹, conforme al siguiente detalle:

"Gerencia Municipal"

Copias fedateadas de los Memorandos que ordenan el cumplimiento de los mandatos judiciales e incorporación a la planilla del régimen laboral del Decreto Legislativo 728 (...)

Oficina de Procuraduría Pública Municipal



Copias fedateadas de los Memorandos y/o Informes emitidos a la Gerencia de Gestión de Recursos Humanos para que cumplan con los mandatos judiciales que ordenan la incorporación a la planilla del régimen laboral del Decreto Legislativo 728 (...)

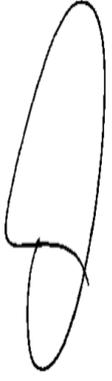
Gerencia de Gestión de Recursos Humanos

¹ Alfredo José Martínez Flores, Calabille Machaca Cristian Reynaldo, Mamani Ticona Elfri Gerardo, Espinoza Gutiérrez German Javier, Llica Mamani Heydy Marisel, Mamani Quiroz Rosendo, Pariapaza de Cruz Raquel Laney, Rodríguez Zuluaga Vicentina Maritza, Acero Mamani Giovanna Martha, Roque Avalos Wicki Olivia, Pinto Mamani Clara Edith, Calisaya Chipana Maribel Marisol, Cutipa Coaquera Juan Carlos, Marazo Mamani Ernesto León, Vidaurre Félix Humberto, Miranda Salcedo Francisco, Bahamondes Ticona Gilberto Luis, Guevara Caxi Yolanda.



Copias fedateadas de los Memorandos que ordenan a la Unidad de Gestión de Planillas y control de asistencia y a la unidad de gestión de organización y desarrollo de personal (escalafón) el ingreso del siguiente personal repuesto judicial a la planilla del régimen el D. Leg. 728 (...) [sic]"

Mediante la Carta N° 320-2021-OSGyAC/MPT de fecha 6 de mayo de 2021, la entidad denegó la información señalando, entre otros argumentos, que la solicitud de acceso a la información pública del recurrente es genérica e imprecisa, que la información requerida resulta de carácter confidencial al estar vinculada a los datos personales, cuya publicación constituye una invasión a la intimidad personal, y además, conforme lo informado por el Procurador Público Municipal no se logró recabar la documentación requerida en su acervo documentario.



Con fecha 17 de mayo de 2021, el recurrente presentó el recurso de apelación materia de análisis, contra la Carta N° 320-2021-OSGyAC/MPT, señalando que se negó la información sin remitir la respuesta de la Gerencia Municipal, oficina de la cual también requirió la información; respecto de la Procuraduría Pública indica que su respuesta es imprecisa, ya que señala que no existe en sus archivos la información solicitada, sin sustentar las razones por las que no existe teniendo en cuenta que dentro de sus funciones se encuentra el informar a la Gerencia Municipal respecto de las sentencias consentidas o ejecutoriadas que debe cumplir la entidad; y sobre la respuesta emitida por la Gerencia de Recursos Humanos indica que no es cierto que la solicitud sea imprecisa, ya que ha identificado la clase de documento, materia y personas de las que requiere la información.



Mediante la Resolución 01086-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA², se admitió a trámite el citado recurso de apelación y se requirió a la entidad la formulación de sus descargos y la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública; los cuales fueron presentados el 1 de junio de 2021 con el Oficio N° 146-2021-OSGyAC/MPT, adjuntando el Informe N° 179-2021-OPPM/MPT de 4 de mayo de 2021 emitido por la Procuraduría Pública Municipal indicando que realizada la búsqueda no encontró la información solicitada, el Memorandum N° 479-2021-GGRH/MPT de 27 de abril de 2021 emitido por la Gerencia de Gestión de Recursos Humanos indicado que la solicitud es genérica e imprecisa, por lo que otorgarla implicaría elaborar o crear información, lo que no se encuentra obligada conforme al artículo 13 de la Ley de Transparencia.

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-JUS³ 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.

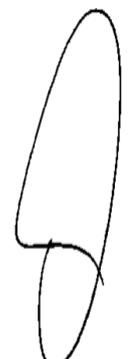
² Notificada a la entidad a través de la mesa de partes virtual con fecha 27 de mayo de 2021, mediante Cédula de Notificación N° 4790-2021-JUS/TTAIP, habiéndose generado el Documento N° 2021-59291.

³ En adelante, Ley de Transparencia.



Por su parte, 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; asimismo, para los efectos de la referida ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

Asimismo, el tercer párrafo del artículo 13 de la norma en comentario 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.



A su vez, el artículo 18 de la norma en mención señala que los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley.

Finalmente, el numeral 5 del artículo 17 de la citada norma establece que no podrá ejercerse el derecho de acceso a la información respecto a la información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad o vida privada.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente es confidencial según lo previsto por el numeral 5 del artículo 17 de 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.

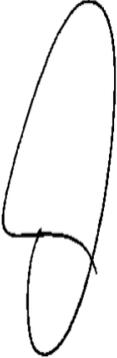
En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, que "(...) de acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando 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 caso corresponda la aplicación del régimen de excepciones en un caso concreto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC que la

obligación de motivar debidamente las denegatorias corresponde a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública:



“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).



Esto implica que, para justificar adecuadamente la negativa al acceso a la información pública y, en consecuencia, desvirtuar el principio de máxima divulgación o publicidad que rige sobre toda la información que la entidad haya creado, obtenido o que se encuentre en su posesión o bajo su control, la administración pública tiene la obligación de brindar una “*motivación cualificada*”, como señaló el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC:



“6. Al no haberse fundamentado aunque sea mínimamente, las razones por las cuales el derecho a la privacidad de don Humberto Elías Rossi Salinas justificaría que dicha información se mantenga en reserva, es evidente que el proceder del ad quem ha sido arbitrario más aún si se tiene en consideración en virtud del mencionado principio de máxima divulgación, que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas”. (subrayado agregado).

Siendo ello así, corresponde a las entidades públicas que deniegan el acceso a la información pública solicitada por una persona, acreditar debidamente que la aplicación de excepciones tiene un sustento legal y resulta una medida proporcional.

Además, con el propósito de garantizar el suministro de información pública a los ciudadanos, corresponde a toda entidad pública, en virtud del artículo 13 de la Ley de Transparencia suministrar la información requerida de clara, precisa y completa. Siguiendo al Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 3 de su sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC:

“A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa,

exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa”.

En coherencia con lo anterior, este Tribunal sostiene que corresponde a toda entidad contestar de manera clara, precisa y completa las solicitudes de acceso a la información pública presentadas por los ciudadanos en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, cuya obligación se extiende a los casos de inexistencia de información.

En el caso de autos, el recurrente solicitó a la entidad documentación vinculada al cumplimiento de los mandatos judiciales que ordenan la incorporación de dieciocho personas a la planilla del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, precisando que desea copia fechada de los memorandos e informes expedidos por la Gerencia Municipal, Procuraduría Pública Municipal y Gerencia de Gestión de Recursos Humanos, y la entidad mediante la Carta N° 320-2021-OSGyAC/MPT denegó la entrega de la información conforme a los siguientes fundamentos:

“(…) con Memorandum N° 479-2021-GGRH/MPT, la Gerencia de Recursos Humanos indica que la información solicitada es genérica e imprecisa, lo cual implica crear o producir información. En tal sentido, La Administración Pública no está obligada a crear o producir información conforme lo dispuesto en el artículo 13° de la ley N° 27806 (...). Lo solicitado obliga a la entidad generar un documento cuya preexistencia no puede probarse. Mediante escrito presentado por el administrado requiere TODO LOS MEMORANDOS describiendo como única referencia o precisión LA UNIDAD DE GESTION DE PLANILLAS Y CONTROL DE ASISTENCIA Y A LA UNIDAD DE GESTIÓN DE ORGANIZACIÓN Y DESARROLLO DE PERSONAL (ESCALAFÓN). Seguido como puede observarse en el oficio presentado lo requerido no es claro, preciso y conciso. Continuando uno de los requisitos obligatorios para tramitar una solicitud de información es la expresión concreta y precisa del pedido de información. (...). Continuando, la información solicitada se subsume dentro de las excepciones al ejercicio del derecho a la información confidencial; toda vez que el expediente administrativo contiene información referida a datos personales, cuya publicación constituye una invasión a la intimidad personal, previsto en el numeral 5) del artículo 17° del D.S 021-2019-JUS-TUO de la Ley 27806 (...). Esta excepción busca proteger la intimidad de las personas, concretamente, aquellos datos referidos a su vida privada y cuya divulgación conllevaría un daño a la persona. (...)

Asimismo, con Informe N° 179-2021-OPPM/MPT, Procurador Público Municipal informa que realizada la búsqueda en su acervo documentario no se logró recabar información de acuerdo a la solicitud del administrado. [sic]” (subrayado agregado)

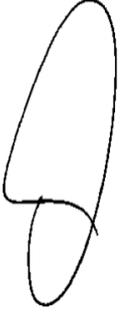
De los párrafos citados, se aprecia que la entidad sostiene de forma simultánea que la solicitud de acceso a la información pública del recurrente no es clara, precisa ni concisa; es confidencial, y que según lo informado por el Procurador Público Municipal no se logró ubicar en su acervo documentario; en ese sentido, esta instancia efectuará el análisis de dichos argumentos.

En relación al argumento que la solicitud de acceso a la información pública es genérica e imprecisa. -



En el caso materia de análisis se aprecia que la entidad comunicó al recurrente que su solicitud de acceso a la información pública es genérica e imprecisa, agregando que, para efectos de dar trámite a su requerimiento, la solicitud debe contener la expresión concreta y precisa del pedido de información.

Al respecto, en cuanto al cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 10⁴ del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁵, el artículo 11 de la citada norma señala que la entidad deberá solicitar la subsanación en un plazo máximo de dos días hábiles de recibida la solicitud, cuando se incumpla los siguientes requisitos:



“a. Nombres, apellidos completos, número del documento de identificación que corresponda y domicilio. Tratándose de menores de edad no será necesario consignar el número del documento de identidad;

(...)

c. En caso la solicitud se presente en la unidad de recepción documentaria de la Entidad, la solicitud debe contener firma del solicitante o huella digital, de no saber firmar o estar impedido de hacerlo;

d. Expresión concreta y precisa del pedido de información, así como cualquier otro dato que propicie la localización o facilite la búsqueda de la información solicitada; (...).”

Ello quiere decir que, ante el incumplimiento de los requisitos contemplados en los literales a., c. y d. del artículo 10 del Reglamento de la Ley de Transparencia, la entidad deberá solicitar la subsanación en un plazo máximo de dos días hábiles de recibida la solicitud de acceso a la información pública, transcurrido el cual, se entenderá por admitida.



Considerando lo expuesto, toda vez que el recurrente presentó su solicitud de acceso a la información pública con fecha 22 de abril de 2021, la entidad contaba hasta el día 26 de abril de 2021 para solicitarle la subsanación correspondiente, si consideraba que faltaba algún requisito; sin embargo, la entidad comunicó al recurrente el incumplimiento del requisito referido a la *“d. Expresión concreta y precisa del pedido de información (...).”*, sin requerir de forma expresa la subsanación de dicho requisito, conforme se aprecia del contenido de la Carta N° 320-2021-OSGYAC/MPT (notificada con fecha 10 de mayo de 2021), la cual además fue remitida al recurrente de forma extemporánea; en ese sentido,

⁴ El artículo 10 del Reglamento de la Ley de Transparencia señala lo siguiente:

(...)

El uso del formato contenido en el Anexo del presente Reglamento es opcional para el solicitante, quien podrá utilizar cualquier otro medio idóneo para transmitir su solicitud que contenga la siguiente información:

a. Nombres, apellidos completos, número del documento de identificación que corresponda y domicilio. Tratándose de menores de edad no será necesario consignar el número del documento de identidad;

b. De ser el caso, número de teléfono y/o correo electrónico;

c. En caso la solicitud se presente en la unidad de recepción documentaria de la Entidad, la solicitud debe contener firma del solicitante o huella digital, de no saber firmar o estar impedido de hacerlo;

d. Expresión concreta y precisa del pedido de información, así como cualquier otro dato que propicie la localización o facilite la búsqueda de la información solicitada;

e. En caso el solicitante conozca la dependencia que posea la información, deberá indicarlo en la solicitud; y,

f. Opcionalmente, la forma o modalidad en la que prefiere el solicitante que la Entidad le entregue la información de conformidad con lo dispuesto en la Ley.

(...).” (subrayado agregado)

⁵ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

correspondía a la entidad atender la solicitud de acceso a la información pública en los términos en que fue presentada.

Cabe agregar que, en cuanto a los requerimientos de subsanación de una solicitud de acceso a la información pública, el Tribunal Constitucional ha señalado en los Fundamentos 8 y 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03550-2016-PHD/TC, lo siguiente:



“8. Este Tribunal Constitucional considera que, de la lectura de la solicitud cursada por el recurrente a la Corte Superior de Justicia de Loreto, resulta evidente que al hacer mención a los “trabajadores del sistema administrativo”, sin hacer distingo alguno, se estaba refiriendo a “todos los trabajadores administrativos de la Corte Superior de Justicia de Loreto”. Por lo dicho, en modo alguno tal pedido puede ser calificado como impreciso, tanto más cuanto la propia demanda al observar la solicitud no indicó qué extremo de la misma le resultaba impreciso, por lo que debe entenderse que el pedido se limitaba a solicitar la entrega, en copia simple, de una lista de los trabajadores administrativos de dicha Corte que fueron objeto de reconocimiento institucional y felicitación escrita para el periodo 2011-2013.



9. Pretender que, en el presente caso, el recurrente especifique datos más precisos que los que ha planteado en su solicitud de acceso a información pública deviene en desproporcionado, dado que como ciudadano no tiene por qué saber mayores datos sobre el particular. En ese sentido, la solicitud de aclaración deviene en innecesaria, puesto que entre la entidad emplazada y el recurrente existe una relación de asimetría informativa. En efecto, es la emplazada la que conoce qué datos adicionales, distintos a los indicados por el recurrente podrían adicionalmente servir para brindar la información. Sin embargo, los datos indicados por el recurrente en su solicitud bastan como para que la entidad emplazada le proporcione lo requerido”. (subrayado agregado).



Al amparo de la citada jurisprudencia y en virtud a la relación de asimetría informativa existente entre una entidad de la Administración Pública y un solicitante, la primera se encuentra en la obligación de señalar qué extremo de la solicitud debe ser subsanado o resulta impreciso, debiendo incluso indicar qué datos complementarios requiere para efectuar la búsqueda de la información.

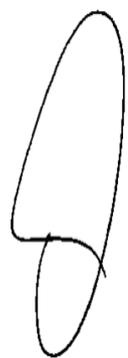
En el caso de autos, se advierte que la entidad no ha efectuado dicho requerimiento de subsanación bajo el parámetro jurisprudencial anteriormente citado. Asimismo, respecto a la imprecisión de la solicitud, se aprecia que el recurrente proporcionó los siguientes datos para la localización de la información, esto es, (i) tipo de documento (memorandos e informes), (ii) remitentes de los documentos (Gerencia Municipal, Procuraduría Pública Municipal y Gerencia de Gestión de Recursos Humanos), (iii) materia o asunto de la información (cumplimiento de los mandatos judiciales que ordenan la incorporación de dieciocho personas a la planilla del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728), y (iv) nombre de las dieciocho personas (identificadas con nombres y apellidos); por lo que esta instancia considera que la solicitud del recurrente contiene la expresión concreta y precisa del pedido de información, debiéndose desestimar los argumentos expuestos por la entidad, en este extremo.

En relación a la información solicitada



Sobre el particular, conforme se señala en la Carta N° 320-2021-OSGYAC/MPT, la entidad ha manifestado que *“la información solicitada se subsume dentro de las excepciones al ejercicio del derecho a la información confidencial; toda vez que el expediente administrativo contiene información referida a datos personales, cuya publicación constituye una invasión a la intimidad personal, previsto en el numeral 5) del artículo 17° del D.S 021-2019-JUS-TUO de la Ley 27806”*.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la *“información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. [...]”* (subrayado agregado).



Igualmente el numeral 4 del artículo 2 de la Ley de protección de Datos Personales, Ley N° 29733 define a los datos personales como *“Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados”* y agrega el numeral 4 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, que los datos personales se refieren a *“aquella información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales, o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados.”*

Teniendo en cuenta ello, se concluye que únicamente se podrá restringir aquella información sobre las personas naturales que las identifica o las hace identificables cuya divulgación afecta su intimidad personal o familiar, debiendo evaluarse en cada caso en concreto.



Sobre el particular, de acuerdo a Rubio, el objeto de protección del derecho a la intimidad *“[...] tendrá por misión el tutelar, no únicamente la reserva de la persona en cuanto ser psicofísico, sino también la de sus comunicaciones, la de sus relaciones afectivas más cercanas y profundas, y la de su hogar, esto es, del lugar donde se desarrolla su vida íntima, el espacio en el que se desenvuelve su existencia privada”*⁶. (subrayado agregado)

Por otro lado, Landa afirma que la intimidad es un derecho que tutela el ámbito de retiro, de recogimiento y de soledad de la persona, el que es necesario para que realice su personalidad, y que abarca hechos personales que no desea que sean conocidos⁷.

En relación a los alcances de este derecho, Landa explica que comprende dos atributos subjetivos: uno negativo, que consiste en *“[...] excluir del conocimiento de terceros aquellos actos, hechos o ámbitos reservados a nuestra propia persona, en los cuales –estando solos o con nuestro entorno más cercano-*

⁶ RUBIO CORREA, Marcial. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2011. Página 338.

⁷ LANDA ARROYO, César. “Derecho a la intimidad personal y familiar”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017. Página 87.

desarrollamos libremente nuestra personalidad”⁸ y otro positivo que permite “[...] controlar qué aspectos de nuestra privacidad o intimidad pueden ser objeto de conocimiento por parte de los demás, así como la forma en que la misma es expuesta y los límites de dicha exposición, ya que en tanto titulares del derecho, somos los autorizados a establecer qué se difunde o hace de conocimiento de terceros y qué no”.⁹

En relación a la dimensión positiva del derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional indicó en el Fundamento 22 de la sentencia recaída en el Expediente 03485-2012-AA/TC que:

“Por otro lado, los derechos a la intimidad y a la vida privada como también se ha puesto de manifiesto, no solo pueden ser vistos hoy desde una óptica material en el sentido de que queden protegidos bajo su ámbito normativo aquellos datos, actividades o conductas que materialmente puedan ser calificadas de íntimas o privadas, sino también desde una óptica subjetiva, en la que lo reservado será aquello que el propio sujeto decida, brindando tutela no solo a la faz negativa del derecho (en el sentido del derecho a no ser invadido en ciertos ámbitos), sino a una faz más activa o positiva (en el sentido del derecho a controlar el flujo de información que circule respecto a nosotros). Bajo esta perspectiva, el derecho a la intimidad o el derecho a la vida privada, han permitido el reconocimiento, de modo autónomo también, del derecho a la autodeterminación informativa, que ha sido recogido en el artículo 2, inciso 6, de la Constitución y en el artículo 61 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, o del derecho a la protección de los datos personales, tal como lo denomina la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

En el ejercicio del atributo positivo del derecho a la intimidad, se aprecia, entonces, que un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad y es en este aspecto en el cual una persona determina libremente qué es su intimidad y qué no, definiendo los linderos de su vida privada.” (subrayado agregado)

Siendo ello así, se concluye que el derecho a la intimidad protege los aspectos más cercanos, profundos o privados de cada persona y de su familia, y que desea mantener en reserva.

Asimismo, cabe agregar que conforme al Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 950-00-HD/TC, el Tribunal Constitucional estableció que para denegar el acceso a la información no es suficiente invocar una excepción prevista en la ley de la materia:

“[...] el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad.” (subrayado agregado)

⁸ Ídem. Página 89.

⁹ Ibídem.

De lo expuesto, podemos concluir que solo se podrá negar el acceso a la información pública si se sustenta en base a las excepciones expresamente contenidas en la Ley de Transparencia y se ha acreditado una afectación en base a razones de hecho, de lo contrario, se mantendrá la presunción de máxima publicidad y se deberá entregar la información requerida.

En el caso materia de análisis, se aprecia que la Oficina de Secretaria General y Archivo Central a través del Memorando Circular N° 216-2021-OSGyAC/MPT de fecha 25 de abril de 2021, requirió la información solicitada por el recurrente a la Oficina de Procuraduría Pública Municipal y la Gerencia de Gestión de Recursos, y mediante el Informe N° 48-2021-OSGyAC/MPT de fecha 26 de abril de 2021 a la Gerencia Municipal.

Ante el requerimiento de la Oficina de Secretaria General y Archivo Central, la Gerencia de Gestión de Recursos, mediante el Memorandum N° 479-2021-GGRH/MPT de fecha 27 de abril de 2021, informó que:

(...)
La información solicitada por el Sr. ARMANDO MARTIN SOLIS RAMIREZ, representante de SITRAMUNLE, es genérico e impreciso, lo cual implica crear o producir información. En tal sentido, la Administración Pública no está obligado a crear o producir información, conforme lo dispuesto en el Artículo 13° de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Lo solicitado obliga a la entidad generar un documento cuya preexistencia no pueda probarse.

(...)
Continuando, la información solicitada se subsume dentro de las excepciones al ejercicio del ejercicio del derecho a la información confidencial; toda vez que, el expediente administrativo contiene información referida a datos personales, cuya publicación constituye una invasión de la intimidad, previsto en el numeral 5) del Artículo 17° del D.S. 021-2019-JUS-TUO de la Ley 27806 (...).

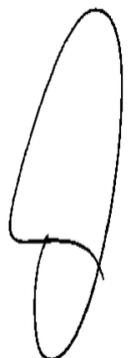
(...)
Por las consideraciones antes precitadas, no es viable atender el pedido del administrado. (subrayado agregado)

Por su parte, la Oficina de Procuraduría Pública Municipal mediante el Informe N° 179-2021-OPPM/MPT de fecha 4 de mayo de 2021, señaló que "(...) haciendo una búsqueda en nuestro acervo documentario no se logró recabar información de acuerdo a la solicitud del Administrado Armando Martin Solís Ramírez." (subrayado agregado). Asimismo, cabe precisar que no obra en autos documento mediante el cual la Gerencia Municipal, haya dado atención al requerimiento de la Oficina de Secretaria General y Archivo Central.

De la revisión conjunta de los documentos anteriormente citados, se aprecia que la entidad se ha limitado a invocar la excepción contemplada en el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, dado que no ha identificado qué tipo de información de la requerida por el recurrente es confidencial ni en qué medida la publicidad de los memorandos e informes requeridos podría vulnerar la intimidad personal de sus titulares, cuya afirmación además resulta contradictoria, debido que a la vez sostiene no haber ubicado la información en su acervo documentario; por lo que esta instancia considera que la entidad no ha cumplido con sustentar, bajo los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional, la denegatoria de la información requerida por el recurrente.



Cabe agregar que, atendiendo a la materia de la información requerida, esta instancia advierte que concierne a la documentación (memorandos e informes) expedida por la Gerencia Municipal, Procuraduría Pública Municipal y Gerencia de Gestión de Recursos Humanos, a través de la cual gestionaron o ejecutaron el cumplimiento de los mandatos judiciales sobre incorporación de dieciocho personas a la planilla del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728; por lo que la información requerida se encuentra vinculada a la gestión de personal al servicio de la entidad.



Bajo dicha premisa, es preciso destacar que conforme al numeral 2 del artículo 5 de la Ley de Transparencia *“Las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente, de acuerdo a su presupuesto, la difusión a través de Internet de la siguiente información: (...)2. La información presupuestal que incluya datos sobre los presupuestos ejecutados, proyectos de inversión, partidas salariales y los beneficios de los altos funcionarios y el personal en general, así como sus remuneraciones y el porcentaje de personas con discapacidad del total de personal que labora en la entidad, con precisión de su situación laboral, cargos y nivel remunerativo”* (subrayado agregado).

En la misma línea, el numeral 3 del artículo 25 del mismo cuerpo legal precisa que *“Toda Entidad de la Administración Pública publicará, trimestralmente, lo siguiente: (...)3. Información de su personal especificando: personal activo y, de ser el caso, pasivo, número de funcionarios, directivos, profesionales, técnicos, auxiliares, sean éstos nombrados o contratados por un período mayor a tres (3) meses en el plazo de un año, sin importar el régimen laboral al que se encuentren sujetos, o la denominación del presupuesto o cargo que desempeñen; rango salarial por categoría y el total del gasto de remuneraciones, bonificaciones, y cualquier otro concepto de índole remunerativo, sea pensionable o no”* (subrayado agregado).



Por lo tanto, de acuerdo a las citadas normas, la información vinculada a los servidores y funcionarios públicos, como personal activo o personal pasivo de una entidad, sus contratos, pagos, control de asistencia, y cargos ejercidos, entre otros, no se encuentra en el ámbito de la vida íntima o privada de las personas, sino que por el contrario es información de carácter público que la entidad tiene la obligación de entregar.

Asimismo, en cuanto a las unidades orgánicas de las cuales se requirió información, el literal g) del artículo 11 del Reglamento de Organización y Funciones¹⁰ de la entidad señala que son funciones de la Gerencia Municipal *“Proponer al Alcalde acciones sobre administración de personal referidas a la contratación, ascenso, cese, rotación, reasignación, designación en cargos de confianza y otros”* (subrayado agregado). En esa línea, el recurrente indicó en su escrito de apelación que, mediante la Resolución de Alcaldía N° 703-19-MPT se delegó a la Gerencia Municipal facultades administrativas, entre otras, en materia de personal, respecto a *“2.1. Cumplir y hacer cumplir los mandatos judiciales en lo que respecta al sistema de personal”*, disposición que ha sido verificada por esta instancia a través de la página web de la entidad¹¹, cuyo argumento además no ha sido desvirtuado mediante la formulación de los descargos de la entidad.

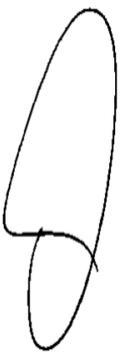
¹⁰ Modificado por Ordenanza Municipal N° 0026-16-MPT de fecha 26 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.munitacna.gob.pe/archivo/download/14538/show/ordenanza-municipal-N-0026-2016>. En adelante, ROF.

¹¹ Resolución consultada en el siguiente enlace: <https://www.munitacna.gob.pe/archivo/download/15687/show/resolucion-de-alcaldia-N-0703->.



En cuanto a la Procuraduría Pública Municipal, se tiene que el literal j) del artículo 27 del ROF de la entidad señala entre sus funciones “Comunicar de forma inmediata a la Gerencia Municipal y Alcaldía, respecto de las sentencias ejecutoriadas o consentidas, desfavorables a la Municipalidad; y en su oportunidad a los Órganos administrativos correspondientes, para la previsión presupuestal o la adopción de acciones que correspondan”. (subrayado agregado)

Por último, respecto a la Gerencia de Gestión de Recursos Humanos, el artículo 68 del citado ROF, señala que es “(…) responsable de implementar acciones y procesos del Sistema Personal, relativos al ingreso del personal, declaración jurada de bienes y rentas, control de asistencia y permanencia, registro, evaluación del comportamiento, productividad, seguridad social, bienestar y capacitación del personal y acciones referidas al procedimiento administrativo disciplinario entre otros (…)” (subrayado agregado).



En virtud a las funciones anteriormente descritas, se colige que la Gerencia Municipal, Procuraduría Pública Municipal y Gerencia de Gestión de Recursos Humanos, de acuerdo al ROF de la entidad, cuentan con funciones específicas sobre el cumplimiento de los mandatos judiciales que ordenan la incorporación de personal, así como de su gestión; por lo que la entidad se encuentra en la obligación de contar con dicha información.

Otro argumento expuesto por la entidad, mediante la Carta N° 320-2021-OSGYAC/MPT y el Informe N° 179-2021-OPPM/MPT, se encuentra referida a la inexistencia de la información, dado que ha manifestado que luego de la búsqueda en el acervo documentario de la Procuraduría Pública Municipal no pudo recabar la información solicitada por el recurrente.

Con relación a la inexistencia de información en poder de la entidad el Precedente Vinculante establecido por esta instancia, publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 11 de febrero de 2020¹², ha establecido la siguiente regla:



“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 agregado).

Igualmente, 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.

¹² Dicho precedente se encuentra publicado también en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el siguiente enlace: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/02/Resolucio%CC%81n-N%C2%B0-010300772020.pdf>.

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 nuestro).

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)

Además, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, establece que sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles, y/o penales que correspondan por el extravío o la destrucción, extracción, alteración o modificación, indebidas, de la información en poder de las entidades, el responsable del Órgano de Administración de Archivos, quien haga sus veces o el funcionario poseedor de la información, según corresponda, deberán agotar, bajo responsabilidad, todas las acciones que resulten necesarias para recuperar la información afectada por cualquiera de las conductas señaladas.

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 nuestro)



Siendo ello así, se colige que la entidad tiene el deber de acreditar, tanto la búsqueda de la información requerida dentro de su entidad, como la recuperación de la información, a fin de ubicar y brindar la información requerida, en cuyo caso deberá brindar una respuesta fundamentada al recurrente, conforme a los considerandos expuestos en la presente resolución.



Al amparo de dicho precepto, en el caso materia de revisión, se advierte que la entidad requirió la información solicitada por el recurrente a la Gerencia Municipal, Procuraduría Pública Municipal y Gerencia de Gestión de Recursos Humanos; sin embargo, en el caso de la Gerencia Municipal, no obra documento mediante el cual dicha unidad se haya pronunciado sobre la información requerida; en cuando a la Procuraduría Pública Municipal, ha señalado la inexistencia de la información, sin motivar las razones de ello, por ejemplo, que la inexistencia se debe a que no se emitió ningún memorando o informe sobre el personal señalado por el recurrente o que habiéndose expedido se extravió o perdió; y por último, la Gerencia de Gestión de Recursos Humanos, cuya unidad no negó la existencia ni la posesión de la información requerida sino que denegó su entrega al considerarla confidencial; no obstante, dicho argumento ha sido desestimado, en razón de su naturaleza pública, conforme al análisis desarrollado en párrafos precedentes.

En consecuencia, habida cuenta que la información solicitada por el recurrente es de naturaleza pública, corresponde amparar el recurso de apelación materia de análisis y disponer que la entidad la entregue en la forma y modo solicitado; recabándola de las unidades orgánicas requeridas por el recurrente, caso contrario, deberá informar de forma clara, precisa y veraz su inexistencia.



Finalmente, de conformidad con el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

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 el SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE TACNA “LOS EDILES” contra

la Carta N° 320-2021-OSGYAC/MPT; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TACNA** que entregue la información solicitada por el recurrente, caso contrario informe de forma clara, precisa y veraz su inexistencia, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de 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 PROVINCIAL DE TACNA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de lo ordenado en la presente resolución.

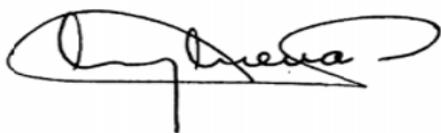
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al **SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE TACNA “LOS EDILES”** y a la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TACNA**, 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).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



PEDRO CHILET PAZ
Vocal

vp:mmm/jcchs