RESOLUCIÓN N° 001728-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01699-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **JONATHAN VIVANCO FALCÓN**
Entidad : **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 22 de julio de 2022

VISTO el Expediente de Apelación Nº 01699-2022-JUS/TTAIP de fecha 4 de julio de 2022, interpuesto por **JONATHAN VIVANCO FALCÓN**[1], contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS**[2] con Expediente N° 29582 de fecha 2 de junio de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de mayo de 2022, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico la siguiente información:

> *"(…)*
> *De todos los Funcionarios y servidores que Integra la Municipalidad Provincial de Andahuaylas*
>
> *a) Registró de control asistencia; entre los periodos en 01 Febrero 2022 a fecha actual*
> *b) Contrato (más adendas u Nombramiento) y hoja de vida (completa y documentada).*
> *c) Relación Completa de los Funcionarios y servidores, Número de DNI, Los Cargos que ocupan, Régimen Laboral y Los montos que Perciben (...)" (sic)*

El 4 de julio de 2022, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo por parte de la entidad, el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis.

Mediante la Resolución N° 001583-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[3] se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente

[1] En adelante, el recurrente.
[2] En adelante, la entidad.
[3] Resolución de fecha 11 de julio de 2022, la cual fue debidamente notificada a la Mesa de Partes Virtual de la entidad: https://muniandahuaylas.gob.pe/mesadepartes/login.php, el 15 de julio de 2022 a horas 15:18, conforme la

administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos[4], los cuales a la fecha de emisión de la presente resolución no han sido presentados.

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-JUS[5], establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10 del mismo texto señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar finalmente que, el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información requerida por el recurrente constituye información pública; y, en consecuencia, corresponde su entrega.

2.2 Evaluación

Sobre el particular, toda documentación que obra en el archivo o dominio estatal es de carácter público para conocimiento de la ciudadanía por ser de interés general, conforme lo ha subrayado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4865-2013-PHD/TC indicando:

"(...)

5. La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada

información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.

[4] Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes Física y Virtual correspondiente al día de hoy.

[5] En adelante, Ley de Transparencia.

persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos".

Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que consagra expresamente el Principio de Publicidad, establece que "*Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (…) la presente Ley*". Es decir, establece como regla general la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción.

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD/TC, ha señalado respecto del mencionado Principio de Publicidad lo siguiente:

"(…)

8. *(…) Esta responsabilidad de los funcionarios viene aparejada entonces con el principio de publicidad, en virtud del cual toda la información producida por el Estado es, prima facie, pública. Tal principio a su vez implica o exige necesariamente la posibilidad de acceder efectivamente a la documentación del Estado".*

Sobre el particular cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que:

"(…)

5. *De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas*." (subrayado agregado)

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:

"(…)

13. *(…) 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, 4 la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado."* (Subrayado agregado)

Asimismo, con relación a los gobiernos locales, es pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, al señalar que *"La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley Nº 27444 (…)."* (subrayado nuestro), estableciendo de ese modo que uno de los principios rectores de la gestión municipal es el principio de transparencia.

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

Dentro de ese contexto, el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, en tal sentido, efectuando una interpretación contrario sensu, es perfectamente válido inferir que la administración pública tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella que se encuentra obligada a contar.

En el caso de autos, se advierte que el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico la siguiente información:

"(…)
De todos los Funcionarios y servidores que Integra la Municipalidad Provincial de Andahuaylas

a) Registró de control asistencia; entre los periodos en 01 Febrero 2022 a fecha actual
b) Contrato (más adendas u Nombramiento) y hoja de vida (completa y documentada).
c) Relación Completa de los Funcionarios y servidores, Número de DNI, Los Cargos que ocupan, Régimen Laboral y Los montos que Perciben (...)" (sic)

Por ello, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo por parte de la entidad, el recurrente, interpuso ante este colegiado el recurso de apelación materia de análisis.

Al respecto, habiéndose cumplido el plazo establecido en el literal b) del artículo 11 de la Ley de Transparencia para atender la solicitud del recurrente, se advierte de autos que la entidad ha omitido indicar que no cuenta con la información requerida, no tiene la obligación de poseerla o, teniéndola en su poder, no acreditó la existencia de algún supuesto de excepción previsto en la Ley de Transparencia para su denegatoria, por lo que la Presunción de Publicidad respecto de la información solicitada se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada; a pesar que corresponde a las entidades la carga de la prueba respecto a las excepciones del derecho de acceso a la información pública requerida por los ciudadanos.

- **Con relación al requerimiento de información contenido en el literal "a" de la solicitud:**

  En cuanto al requerimiento del registro de control asistencia de los funcionarios y servidores de la entidad; correspondiente al periodo en 1 febrero 2022 hasta la presentación de la solicitud, es preciso señalar que en la Administración Pública en general, se encuentra regulada la obligatoriedad de implementar un sistema de control de asistencia, ingreso y salida del personal, a fin de supervisar el cumplimiento de su horario de trabajo.

  De lo antes indicado, se colige que el registro de asistencia del personal de la entidad, determinará el pago de remuneraciones, lo que además constituye una actuación de la Administración pública de índole presupuestal.

  Siendo ello así, en tanto la asistencia y la salida justificada de los trabajadores, así como la programación de turnos, determinará la disposición de los fondos públicos por parte de la Administración Pública, esta tendrá una relevancia pública conforme al Fundamento 28 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4407-2007-PHD/TC, emitida por el Tribunal Constitucional:

  "(...)
  28. […] uno de los mecanismos más efectivos de prevención de la lucha contra la corrupción es la publicación periódica, detallada y completa de los ingresos y rentas de los funcionarios y servidores públicos, ya que, al estar disponible dicha información, los incentivos para malversar los fondos públicos disminuirían considerablemente ante la amenaza de ser descubierto; ya no solamente por las autoridades gubernamentales encargadas de procesar, almacenar y fiscalizar dicha información, o por las autoridades jurisdiccionales correspondientes; sino por cualquier persona interesada en obtener dicha información" (subrayado agregado).

  Sumado a ello, dicho colegiado, en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04665-2014-HD/TC, resaltó la importancia de la participación ciudadana en el gasto público:

  "(...)
  8. [s]olo una ciudadanía informada puede participar plenamente en el establecimiento de prioridades del gasto público, gozar de acceso equitativo a los servicios esenciales que el Estado tiene el deber de proveer y evaluar las decisiones de quienes gestionan el presupuesto público" (subrayado agregado).

  Además, en la medida que conocer el ingreso y salida del personal determina una decisión de índole presupuestal por parte de la Administración Pública, esta debe estar bajo la fiscalización ciudadana como lo indicó el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04912-2008-PHD/TC:

  "(…)
  3. El tener acceso a los datos relativos al manejo de la res pública resulta esencial para que exista una opinión pública verdaderamente libre que

pueda fiscalizar adecuadamente la conducta de los gobernantes. O como ya se ha expresado por este Tribunal, es consustancial al régimen democrático, que reposa en la soberanía del pueblo y el respeto de la dignidad de las personas. Sin la efectiva vigencia de este derecho, no solo puede verse afectado el proyecto de vida o el interés individual de la persona a quien se le denegó la información, sino a la sociedad en su conjunto, puesto que no tendría forma de ejercer la fiscalización de la actividad administrativa del Estado. Con ello se pone de manifiesto de manera más clara aun la interrelación del interés individual y el interés social, tan propio de los derechos fundamentales. Por eso se ha llegado a decir –no en términos de legitimidad desde luego- que "Cuando se le impide a un ciudadano el ejercicio de un derecho fundamental, la comunidad entera resulta afectada" [HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima; Fondo editorial de la PUCP. p. 64" (subrayado agregado).

En ese sentido, dicho colegiado, en el Fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07440-2005-HD/TC, también señaló que el acceso a la información pública permite el control ciudadano de los funcionarios y servidores públicos, así como la supervisión de la gestión pública con la finalidad de transparentarla:

"(…)

3. *(...) Un derecho [derecho de acceso a la información pública] como este nos permite controlar la gestión pública, más aún cuando, según el artículo 39 de la Norma Fundamental, todos los funcionarios y servidores están al servicio de la nación, obligación de la cual no pueden sustraerse quienes laboran en la ONP. La información pública es necesaria para la formación de la opinión y la construcción de un debate informado, lo cual redunda en la posibilidad de la participación ciudadana en los asuntos públicos y en el fomento de la transparencia en la gestión del Estado, mejorando la calidad de sus instituciones y contribuyendo a su eficiencia*" (Subrayado agregado).

Además, en el Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01550-2017-PHD/TC, el Tribunal Constitucional estableció que:

"(...)

7. *(...)entiende que toda información relacionada con el uso de los recursos públicos debe ser transparente y que todo funcionario público debe observar un especial deber de cuidado respecto al patrimonio del Estado".* (subrayado agregado).

Finalmente, cabe agregar que conforme al Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05777-2008-PHD/TC, el Tribunal Constitucional determinó que el acceso a la información pública es:

"(…)
7. (...) consustancial a un régimen democrático dado que la creación de un Estado democrático reposa precisamente en la idea de control de los ciudadanos sobre la Administración Pública" (subrayado agregado).

Por lo antes mencionado, debiendo la fiscalización y el control ciudadano del uso de los fondos públicos, así como la supervisión de la actuación de la Administración Pública tiene especial relevancia individual y social.

En consecuencia, corresponde estimar este extremo del recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida[6], conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

- **Con relación al requerimiento de información contenido en el literal "b" de la solicitud, referente a la hoja de vida documentada:**

  Sobre el particular, en cuanto a lo requerido, es relevante indicar que los ciudadanos tienen derecho a supervisar el desempeño de sus autoridades, de acuerdo a lo precisado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-HD/TC en el cual se precisa:

  "(…)
  8. (...) [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 (…)". (subrayado agregado)

  Ahora, con relación a la información sobre la hoja de vida documentada, es preciso mencionar que éstos contienen información de naturaleza pública, puesto que permiten a los ciudadanos conocer la experiencia y capacitación de los servidores que se encuentran prestando servicios en la Administración Pública; a su vez que describen las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en las entidades públicas, no debiendo denegarse su acceso con el objetivo de fortalecer los mecanismos de participación de la población, conforme lo ha expresado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, relacionada con la entrega de la hoja de vida de un servidor público del sector educación:

  "(…)
  11. Negar la entrega de la referida información termina por desincentivar la necesaria participación de la población en el manejo de la educación escolar pública, contraviniendo el artículo 15.º de nuestra Constitución, que establece expresamente que el magisterio es evaluado tanto por el Estado como por la sociedad, y que esta tiene los mayores incentivos en fiscalizarla rigurosamente en la medida que su propio bienestar se encuentra ligado a que dicho servicio público cumpla con brindar a sus niños y adolescentes una educación de calidad para que puedan forjar su propio proyecto de vida".

  No obstante, cabe la posibilidad que los documentos anexos al currículum vitae de un funcionario o servidor público puedan contener datos personales o sensibles que cuya divulgación o entrega en el marco de la Ley de Transparencia podría afectar su derecho a la intimidad personal y familiar.

[6] Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, con relación a la protección de información de naturaleza íntima, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 6, 7, 8 y 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, analizó la entrega de la ficha personal de una servidora pública, documento que contiene información de carácter público como son los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas, así como datos de carácter privado, entre otros, los datos de individualización y contacto, siendo posible tachar éstos últimos y de esa forma garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

"(…)

6. *De autos se advierte que la ficha personal requerida contiene tanto información de carácter privado como información de carácter público. En efecto, mientras que la información de carácter privado se refiere a datos de individualización y contacto del sujeto a quien pertenece la ficha personal; la información de carácter público contenida en el referido documento abarca datos que fueron relevantes para contratarla, tales como el área o sección en la que la persona ha desempeñado funciones en la Administración Pública; la modalidad contractual a través de la cual se le ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas.*
7. *No solamente no existe razón para limitar la entrega de información referida a las cualificaciones relevantes que fueron decisivas para la contratación de un empleado en la Administración Pública, sino que, hacerlo, desincentivar la participación ciudadana en la fiscalización de la idoneidad del personal que ingresa a ella.*
8. *Al respecto, no puede soslayarse que la ciudadanía tiene interés en contar con personal cualificado en la Administración Pública, por lo que impedirle el acceso a información relativa a las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en dicha Administración Pública, no tiene sentido. En todo caso, la sola existencia de información de carácter privado dentro de un documento donde también existe información de carácter público no justifica de ninguna manera negar, a rajatabla, su difusión.*
9. *Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo peticionado, previo pago del costo de reproducción".* (subrayado agregado)

En atención a lo expuesto, cabe destacar que en caso de existir en un documento información pública y privada, esta última debe separarse o tacharse a fin de facilitar la entrega de la información pública que forma parte del documento, ello acorde con el artículo 19 de la Ley de Transparencia, que señala: *"En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento".* (subrayado agregado).

En consecuencia, corresponde estimar este extremo del recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que proceda

a la entrega de la información pública requerida[7], conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

- **Con relación a los requerimientos de información contenidos en los literales "b" (contratos, adendas o documentos de nombramiento de los funcionarios o servidores públicos) y "c" (relación de los funcionarios y servidores, número de DNI, cargos, régimen laboral y montos que perciben) de la solicitud:**

  En cuanto a lo solicitado, es preciso destacar que conforme al numeral 2 del artículo 5 de la Ley de Transparencia, se prevé que las entidades de la administración pública se encuentran obligadas a publicar en su portal institucional, entre otros, los siguiente:

  "(…)
  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)

  Además, el numeral 3 del artículo 25 de la norma en mención establece que toda entidad debe publicar trimestralmente lo siguientes:

  "(…)
  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)

  En esa línea, el artículo 8 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo Nº 072-2003-PCM[8], precisa que debe publicarse en el Portal de Transparencia Estándar además de la información a la que se refieren los artículos 5 y 25 de la Ley de Transparencia y las normas que regulan dicho portal, la siguiente información:

  "(…)
  m. La información detallada sobre todos los montos percibidos por las personas al servicio del Estado, identificando a las mismas, independientemente de la denominación que reciban aquellos o el régimen jurídico que los regule". (subrayado agregado)

[7] Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

[8] En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

De lo expuesto, se puede afirmar que la información sobre el personal de una entidad, su remuneración u otro concepto de índole remunerativo, situación laboral, cargos y los documentos que sustenten su contratación, es información de carácter público sin importar el régimen laboral al que se encuentre sujeto o la denominación del presupuesto o cargo que desempeñen.

En ese contexto, las entidades de la administración púbica se encuentran obligadas a publicitar la información relacionada con los funcionarios y servidores que se encuentran al servicio del estado, así como cualquier otra información, dato o documentos que estén relacionado a la utilización de recursos públicos.

Por tanto; los contratos, adendas o documentos de nombramiento, número de DNI, cargos, régimen laboral y montos que perciben los funcionarios o servidores públicos, solicitado por el recurrente, es información de acceso público; más aún, cuando estas se encuentran vinculadas al uso de presupuesto público.

En ese sentido, es preciso mencionar respecto de los contratos, adendas o documentos de nombramiento, que dentro de ellos puede existir información que contenga información de naturaleza íntima; en ese sentido, es preciso reiterar lo descrito por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, donde se estableció que es posible entregar lo solicitado tachando la información confidencial y de esa forma garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

"(…)

9. *Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo peticionado, previo pago del costo de reproducción".* (subrayado agregado)

En atención a lo expuesto, cabe destacar que en caso de existir en un documento información pública y privada, esta última debe separarse o tacharse a fin de facilitar la entrega de la información pública que forma parte del documento, ello acorde con el artículo 19 de la Ley de Transparencia, que señala: *"En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento"*. (subrayado agregado).

Del mismo modo, en cuanto al requerimiento de la relación de los funcionarios y servidores, número de DNI, cargos, régimen laboral y montos que perciben, se debe tener en cuenta para la atención de la solicitud lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03598- 2011-PHD/TC, la cual precisó:

"(…)

6. *Por otra parte, el artículo 13° de la Ley 27806, en su tercer párrafo dispone lo siguiente: "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 la 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. Esta Ley tampoco permite que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean.*

   Sobre esto último, cabe precisar que la Administración Pública excepcionalmente puede dar respuesta a los pedidos de información pública a través de la elaboración de documentos que consignen la información solicitada citando su origen, sin emitir valoraciones ni juicios sobre el contenido del pedido, sin que ello suponga la creación de la información solicitada, ni contravención alguna al artículo 13° de la Ley N° 27806" (subrayado agregado).

Asimismo, en el Fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07440-2005-PHD, dicho colegiado ha precisado que las entidades están obligadas a entregar la información con la que deba contar, a pesar de no poseerla físicamente:

"(…)

9. *(…) es razonable entender que una copia de dicha información obre en sus archivos, pues se trata de información que, por su propia naturaleza y las funciones que cumple, tiene el deber de conservar. Además, estima que, si físicamente no la tuviera puede perfectamente solicitarse o, en su defecto, ordenar su entrega".* (Subrayado agregado)

En ese sentido, es válido inferir que las entidades de la Administración Pública están obligadas a entregar la información con la que cuenten o tengan la obligación de contar, pudiendo inclusive extraerla de cualquier documento o soporte para reproducirla en un nuevo documento, indicando a qué fuente pertenece, sin que ello implique crear o producir información, ni contravenir lo dispuesto por el artículo 13[9] de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida[10], conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

---

[9] *"**Artículo 13.- Denegatoria de acceso***
La entidad de la Administración Pública a la cual se solicite información no podrá negar la misma basando su decisión en la identidad del solicitante.
La denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de esta Ley; y el plazo por el que se prolongará dicho impedimento.
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.
(…)"

[10] Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

Finalmente, en virtud de lo previsto por el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

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

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

Por los considerandos expuestos[11] y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses; así como, la aplicación del numeral 111.1 del artículo 111 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS[12], con votación en mayoría;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **JONATHAN VIVANCO FALCÓN**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS** que entregue la información pública solicitada por el recurrente, tachando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, 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 ANDAHUAYLAS** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **JONATHAN VIVANCO FALCÓN.**

Artículo 3.- **DECLARAR** agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.

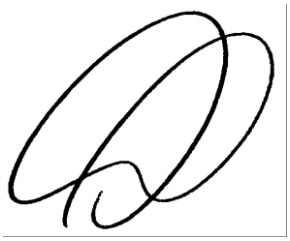
Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **JONATHAN VIVANCO FALCÓN** y a la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

---

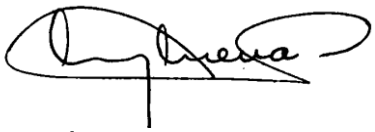
[11] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.

[12] En adelante, Ley Nº 27444.

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



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

VOTO SINGULAR DEL VOCAL SEGUNDO ULISES ZAMORA BARBOZA

Con el debido respeto por mis colegas Vocales Titulares de la Primera Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dentro del marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10-D[13] del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS, discrepo de la resolución de mayoría que declara fundado el recurso de apelación vinculado al requerimiento contenido en el literal "a" de la solicitud respecto del registro de control asistencia de los funcionarios y servidores de la entidad, el cual considero debe declararse **INFUNDADO**. Las razones que fundamentan mi posición son las siguientes:

Sobre el particular, es importante señalar que el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 32 al 36 de la sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC ha precisado el sentido y alcance de la jurisprudencia como fuente de derecho, en los siguientes términos:

"(…)
2.1.3.2. La jurisprudencia

32. La Constitución configura dos órganos jurisdiccionales, que si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación por mandato de la propia norma suprema, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado. En efecto, en nuestra época es pacífico sostener que un sistema jurídico que no cuente con las garantías jurisdiccionales necesarias para restablecer su vigencia cuando haya sido vulnerado, sencillamente carece de eficacia.

En ese contexto, cabe señalar que dicha tarea está encomendada fundamentalmente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y, con sus particularidades, al Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Así, el artículo 138.º de la Constitución dispone:

> *La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.*

Al respecto, este Colegiado ha afirmado que:

> *Está fuera de duda que el Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales (...) canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente.*

33. Similar función, regida fundamentalmente por los principios de supremacía de la Constitución y defensa de los derechos constitucionales, le compete al Tribunal Constitucional. En ese sentido, el artículo 201.º de la Constitución establece que:

---

[13] **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.

> *El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente.*

En efecto, el Tribunal Constitucional "es el" órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y sólo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea. Por tanto, si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. En efecto, en nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí.

Sin embargo, con igual énfasis debe tenerse presente que en el ámbito de las competencias y funciones que el Poder Constituyente le encomendó sí ocupa un lugar privilegiado. En efecto, así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204.º de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional[51]. De ahí que en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional es un primus inter pares en relación a los Poderes del Estado y los demás órganos constitucionales.

En ese sentido, es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. Respecto de esta última se ha sostenido que:

> *Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta (...).*

34. *Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente.*

Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139.º, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, para el caso de la jurisprudencia constitucional, este colegiado ha establecido que:

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

En ese sentido, debe enfatizarse que del artículo 103.º de la Constitución se deriva que las sentencias de inconstitucionalidad expedidas por el Tribunal Constitucional tienen rango de ley.

35. *Precisamente, si bien la labor de interpretación jurídica tiene diversos intérpretes, que en el ámbito jurisdiccional es donde dicha actividad despliega todos sus efectos vinculantes. En efecto, si no fuera así, ¿cuál sería la diferencia entre la interpretación jurídica de un particular y la de un juez? la labor interpretativa para resolver controversias constitucionales en el ámbito de la jurisdicción constitucional tiene en el Tribunal Constitucional a un intérprete privilegiado, puesto que tal condición deriva directamente de la Constitución. Al respecto, este Colegiado ha expresado:*

    En tal sentido, si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos.

36. *Queda claro entonces que la jurisprudencia es una fuente de derecho que también tiene un fundamento constitucional a través de los órganos jurisdiccionales que la producen. Asimismo, que la labor interpretativa que realizan todos los jueces, inherente a tal función, es la razón de ser de la actividad jurisdiccional, en sede constitucional u ordinaria, y que tiene su fundamento en el principio de independencia consagrado por la Constitución en sus artículos 139.º, inciso 2 (Poder Judicial) y 201.º (Tribunal Constitucional). Sin la interpretación la actividad de los jueces estaría condenada al fracaso, pues la Constitución y la ley no pueden prever todos los casos posibles que presenta la realidad según cada época".* (subrayado agregado)

De igual modo, en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00859-2013-PA/TC, el Alto Tribunal ha hecho especial referencia a la naturaleza de la jurisprudencia emitida por el referido Tribunal, haciendo referencia a la resolución antes citada, en los siguientes términos:

"(…)

12. Este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 00047-2004- AI/TC, ha sostenido que jurisprudencia es la interpretación judicial del Derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico. Esa interpretación tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó (efecto horizontal), a los jerárquicamente inferiores (efecto vertical), y a otras entidades (efecto interinstitucional), cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de Derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Es pues inherente a la función jurisdiccional la creación de Derecho a través de la jurisprudencia". (Subrayado agregado)

En cuanto a ello, es preciso señalar que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculan a la Administración Pública, a la luz de ello, en el presente caso el recurrente ha requerido se proporcione el registro de control asistencia de los funcionarios y servidores de la entidad, por lo que no se puede dejar de valorar la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04530-2016- PHD/TC en el cual determinó que la divulgación del reporte de ingreso y salida de los funcionarios de una entidad pública, afecta el derecho a la intimidad y expone a las personas a un reglaje y por ende no constituye información pública, conforme el siguiente detalle:

"(…)

5. No debe perderse de vista que, en un estado social y democrático de Derecho, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (cfr. Sentencia 02579-2003-HD/TC). De ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de mantera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.

6. Dichas restricciones, que tal como prescribe el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, están circunscritas a aquellas que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

7. Ahora bien, a criterio de este Tribunal, es necesario precisar, en primer lugar, que el horario de atención al público es de conocimiento público en el caso de proveedoras de servicios públicos, pues ello asegura que los usuarios puedan acudir a las instalaciones de Sedalib SA para tramitar todas las cuestiones correspondientes al servicio que brinda. En segundo lugar, aunque el área de Plataforma de Atención al Cliente de Sedalib SA tiene un horario de atención para el usuario establecido (inicio de atención — término de atención), este no es el mismo para el personal de dicha área, pues es sabido que los empleados finalizarán su jornada laboral cuando todos los usuarios que ingresaron a sus instalaciones dentro del horario establecido hayan sido atendidos. En tercer lugar, si bien toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de

obligaciones, ello no implica que este deje de ser titular de los atributos y libertades que le corresponden como persona.

8. *Asimismo, no cabe duda de que la vida privada refleja un bien jurídico de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar:*

> *[...] Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella; sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño (Sentencias 04573-2007-HD/TC, fundamento 11, y 6712- 2005-HC, caso Magaly Medina, fundamento 38).*

En consecuencia, la protección de la intimidad implica excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal.

9. *Así, a criterio de este Tribunal, un reporte de ingreso y salida de un trabajador de su centro de labores, específicamente del área de plataforma de Atención al Cliente de Sedalib SA, es información, cuya divulgación afecta su intimidad, pues constituye un dato acerca de cómo desarrolla su vida, la que pertenece a la esfera privada de las personas. Además, el acceso público a dicha información podría asemejarse a una práctica de reglaje, que obviamente coloca a los trabajadores en un estado de especial vulnerabilidad, sobre todo ante la delincuencia existente en el país. Por lo tanto, sin la autorización del titular de dicha información su publicidad no es constitucionalmente admisible. Siendo así, la demanda resulta infundada.* (Subrayado agregado)

Siendo esto así, atendiendo a los criterios expuestos por el Supremo Intérprete Constitucional, se considera que en el presente caso el requerimiento del registro de control asistencia de los funcionarios y servidores de la entidad constituye información cuya divulgación afecta la intimidad bajo los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional.

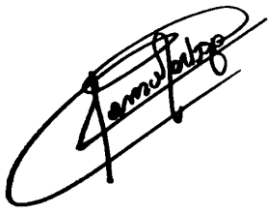
Es oportuno señalar que en el referido caso el Tribunal Constitucional ha valorado dicha información como confidencial, siendo que en el presente caso de haber llegado el caso materia del presente expediente a dicha instancia constitucional, se habría optado por proteger dicha información, situación que no puede perderse de vista al resolver la presente causa.

En esa línea si bien es cierto existe un horario de atención por parte de las entidades, el registro de asistencia individualiza y personaliza dichas actividades, puesto que es evidente que, aunque exista un único horario de atención, los registros de asistencia son variados y personalizados. De esta manera, siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, el hecho de otorgar el carácter público a dicha información puede significar que se conozca, por ejemplo, a qué hora un trabajador se retira todos los días

de su oficina o las veces que este no pudo asistir a su centro de labores, pudiendo eventualmente colocar a dicho trabajador en la situación de vulnerabilidad frente a la delincuencia, entre otros.

Al respecto, es preciso señalar que si bien es cierto el control ciudadano sobre los actos de los funcionarios públicos resulta necesario para garantizar el adecuado uso de los recursos del Estado, también es cierto que existe otra documentación que puede garantizar la satisfacción de dicho interés público sin afectar el derecho a la intimidad, como por ejemplo, las acciones adoptadas por parte de la entidad en aras de garantizar el cumplimiento de los horarios laborales o el resultado de los procedimientos disciplinarios instaurados en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, siendo éstos públicos al transcurrir seis (6) meses desde su inicio.

En consecuencia, mi voto es que se declare **INFUNDADA** la solicitud del recurrente vinculado al requerimiento contenido en el literal “a” de la solicitud respecto del registro de control asistencia de los funcionarios y servidores de la entidad.



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente

vp: uzb