Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 002350-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02221-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **ASOCIACION COORDINADORA REGIONAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD – ICA - ACORDEH PCD - ICA**
Entidad : **HOSPITAL REGIONAL DE ICA - MINISTERIO DE SALUD**
Sumilla : Declara fundado en parte recurso de apelación

Miraflores, 19 de octubre de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 02221-2022-JUS/TTAIP de fecha 6 de setiembre de 2022, interpuesto por la **ASOCIACION COORDINADORA REGIONAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - ICA - ACORDEH PCD – ICA** representada por David Martínez Trillo**,** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **HOSPITAL REGIONAL DE ICA - MINISTERIO DE SALUD,** de fecha 9 de diciembre de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 9 de diciembre de 2021 la asociación recurrente solicitó a la entidad lo siguiente:

*"**1.** Nº de ejecutivos al 31 de diciembre del año 2018 y Nº de ejecutivos al mes de diciembre del año 2021, nombres y apellidos, cargo o función, régimen laboral al que pertenecen.*
Total de ejecutivos a diciembre del año 2021, subtotales por regímenes laborales.
***2.** Nº de trabajadores asistenciales y administrativos totales por separado indicando su régimen laboral al 31 de diciembre del año 2018, Nº de trabajadores que fueron contratados durante el año 2019, Nº de trabajadores que fueron retirados del año 2019, total de trabajadores al 31 de diciembre del año 2019; Nº de trabajadores que fueron contratados durante el año 2020, Nº de trabajadores que fueron retirados del año 2020, total de trabajadores al 31 de diciembre del año 2020; Nº de trabajadores que fueron contratados durante el año 2021, Nº de trabajadores que fueron retirados del año 2021, total de trabajadores al 31 de diciembre del año 2021.*
Total de trabajadores asistenciales y administrativos por separado indicando su régimen laboral.
***3.** Nº de trabajadores totales del Hospital Regional a diciembre del año 2021.*
***4.** No incluir trabajadores por servicios ya que estos están bajo el alcance del código civil como locación de servicios.*
***5.** Nº de personas con discapacidad, régimen laboral al que pertenecen, relación de personas con discapacidad, fecha de ingreso al centro laboral, Nº de Certificado Médico, fecha del*

Certificado Médico, institución que los expidió (MINSA, ESSALUD, u otros), Nº y fecha de resolución de CONADIS, cargo o función que desempeñan. No incluir en esta relación a personas con discapacidad (PCD) que hayan ingresado sanos a laborar, ¿cómo se determinan si ingresaron sanas a laborar? comparando la fecha de ingreso al centro laboral con la fecha de emisión del certificado, por ejemplo si el trabajador ingresó a laborar a la entidad el 15 de enero del año 2013 y sacó su certificado de discapacidad el 15 de enero del año 2017 es porque el trabajador ingresó "sano" a laborar y que posteriormente adquirió una discapacidad y como consecuencia de esta obtuvo su certificado. No incluir tampoco a los trabajadores que tienen una discapacidad aparente y que no cuenten con certificado de discapacidad por ejemplo usan muletas para caminar, pero no cuentan con certificado, estos trabajadores no forman parte de la cuota de empleo de conformidad con el artículo 49.1 de la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad. pero si a dichos trabajadores que ingresaron sanos y que actualmente cuentan con un certificado de discapacidad. Requerimos que dichos PCD se nos envíe la relación en cuadro aparte, ya que si bien no son parte de la cuota de empleo, si gozan de todos los derechos que le asigna la ley general de discapacidad. En relación a los trabajadores que tengan una discapacidad aparente y no cuenten con certificado de discapacidad se recomienda que la asistenta social o quien haga sus veces los acompañe a obtener su certificado de discapacidad y a realizar el trámite ante CONADIS para obtener su carnet de discapacidad, ya que de conformidad con el artículo 70 de la Ley 29973, el certificado de discapacidad es el único documento que acredita si una persona tiene discapacidad. Estos trabajadores tampoco forman parte de la cuota de empleo (artículo 49.1 de la Ley 29973), gozan de todos los derechos que le confiere la ley.

El requisito para un trabajador sea parte de la cuota laboral de conformidad del artículo 49.1 de la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad es de que a la fecha de concurso de méritos cuente con el certificado de discapacidad, de aprobar los exámenes del concurso, la ley 29973, articulo 48.1 le otorga un puntaje adicional, y si con dicho puntaje obtiene una vacante el certificado de discapacidad estará en su archivo personal que custodia la empresa.

***6.** La información solicitada en los párrafos precedentes nos servirá para determinar la cuota empleo de trabajadores (PCD) de conformidad con el artículo 49.1 de la Ley 29973. ¿Cómo se calcula la cuota de empleo? Sacando el porcentaje del 5% del total de trabajadores cualquiera sea el régimen laboral al que pertenezcan, por ejemplo si la entidad tiene 100 trabajadores sacamos el 5 % y como resultado nos dará que la cuota de empleo de acuerdo al artículo 49.1 de la Ley 29973 es que la entidad debe de contar con 5 trabajadores PCD. Si la entidad tiene un número menor que la cuota de empleo de trabajadores PCD, tendrá que llamar a concursos de méritos para completar la cuota de empleo.*

***7.** Es importante que los ejecutivos de la entidad tomen en cuenta que el incumplimiento de la cuota de empleo constituye una falta muy grave de conformidad con la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad, ya que el artículo 81. Infracciones, 81.4, literal C) que a la letra dice: El incumplimiento de la cuota de empleo de personas con discapacidad y como consecuencia le corresponde una sanción de conformidad con el artículo 82. Sanciones, literal C) que a la letra dice: Suspensión sin goce de haber hasta por doce meses y literal D) que a la letra dice: Destitución del cargo a los funcionarios responsables (…)".*

Con fecha 6 de setiembre del año en curso la asociación recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, al considerar denegada su solicitud en aplicación del silencio administrativo negativo.

Mediante Resolución 002260-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[1] se admitió a trámite el referido recurso de apelación, solicitando a la entidad la remisión del expediente administrativo y la formulación de sus descargos.

[1] Resolución de fecha 4 de octubre de 2022, notificada a la entidad con fecha 14 de octubre de 2022.

Con fecha 14 de octubre de 2022 la entidad mediante el informe N° 003-2022-GORE-ICA-HRI/DE-RAIP-CLYE presenta sus descargos por parte del funcionario responsable de acceso a la información pública de la entidad que señala: *"(…) dicho documento no llego a esta oficina ya que con trámite documentario se encuentra en el área de recursos humanos con el expediente N° 21-021180, conforme a la captura del sistema de trámite documentario por lo que mi persona recién toma de conocimiento de dicha petición por lo que hago de su conocimiento que dicha solicitud se encuentra en recursos humanos (…)"*.

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, exceptuando las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

Por su parte, 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[2], establece que por el principio de publicidad 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 de dicho principio.

Así también, el artículo 10 de la citada ley señala 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.

De otro lado, el artículo 13 de la Ley de Transparencia, refiere 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, por lo que 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.

Además, el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos 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.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la documentación requerida por la asociación recurrente constituye información de acceso público.

2.2 Evaluación

Conforme con lo dispuesto por las citadas normas 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

[2] En adelante, Ley de Transparencia.

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 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".*

Por otro lado, con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública regulada en el artículo 18 de la Ley de Transparencia, en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"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 nuestro).

Ahora bien, de autos se advierte que la solicitud de la asociación recurrente en cuanto a los Puntos 1), 2), 3, y 5) están referidos a:

"1. *Nº de ejecutivos al 31 de diciembre del año 2018 y Nº de ejecutivos al mes de diciembre del año 2021, nombres y apellidos, cargo o función, régimen laboral al que pertenecen.*
Total de ejecutivos a diciembre del año 2021, subtotales por regímenes laborales.
2. *Nº de trabajadores asistenciales y administrativos totales por separado indicando su régimen laboral al 31 de diciembre del año 2018, Nº de trabajadores que fueron contratados durante el año 2019, Nº de trabajadores que fueron retirados del año 2019, total de trabajadores al 31 de diciembre del año 2019; Nº de trabajadores que fueron contratados durante el año 2020, Nº de trabajadores que fueron retirados del año 2020, total de trabajadores al 31 de diciembre del año 2020; Nº de trabajadores que fueron contratados durante el año 2021, Nº de trabajadores que fueron retirados del año 2021, total de trabajadores al 31 de diciembre del año 2021.*
Total de trabajadores asistenciales y administrativos por separado indicando su régimen laboral.
3. *Nº de trabajadores totales del Hospital Regional a diciembre del año 2021.*
(…)
5. *Nº de personas con discapacidad, régimen laboral al que pertenecen, relación de personas con discapacidad, fecha de ingreso al centro laboral, Nº de Certificado Médico, fecha del Certificado Médico, institución que los expidió (MINSA, ESSALUD, u otros), Nº y fecha de resolución de CONADIS, cargo o función que desempeñan. No incluir en esta relación a personas con discapacidad (PCD) que hayan ingresado sanos a laborar, ¿cómo se determinan si ingresaron sanas a laborar? comparando la fecha de ingreso al centro laboral con la fecha de emisión del certificado, por ejemplo si el trabajador ingresó a laborar a la entidad el 15 de enero del año 2013 y sacó su certificado de discapacidad el 15 de enero del año 2017 es porque el*

trabajador ingresó "sano" a laborar y que posteriormente adquirió una discapacidad y como consecuencia de esta obtuvo su certificado. No incluir tampoco a los trabajadores que tienen una discapacidad aparente y que no cuenten con certificado de discapacidad por ejemplo usan muletas para caminar, pero no cuentan con certificado, estos trabajadores no forman parte de la cuota de empleo de conformidad con el artículo 49.1 de la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad. pero si a dichos trabajadores que ingresaron sanos y que actualmente cuentan con un certificado de discapacidad. Requerimos que dichos PCD se nos envíe la relación en cuadro aparte, ya que si bien no son parte de la cuota de empleo, si gozan de todos los derechos que le asigna la ley general de discapacidad. En relación a los trabajadores que tengan una discapacidad aparente y no cuenten con certificado de discapacidad se recomienda que la asistenta social o quien haga sus veces los acompañe a obtener su certificado de discapacidad y a realizar el trámite ante CONADIS para obtener su carnet de discapacidad, ya que de conformidad con el artículo 70 de la Ley 29973, el certificado de discapacidad es el único documento que acredita si una persona tiene discapacidad. Estos trabajadores tampoco forman parte de la cuota de empleo (artículo 49.1 de la Ley 29973), gozan de todos los derechos que le confiere la ley.
El requisito para un trabajador sea parte de la cuota laboral de conformidad del artículo 49.1 de la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad es de que a la fecha de concurso de méritos cuente con el certificado de discapacidad, de aprobar los exámenes del concurso, la ley 29973, articulo 48.1 le otorga un puntaje adicional, y si con dicho puntaje obtiene una vacante el certificado de discapacidad estará en su archivo personal que custodia la empresa".

Al respecto la entidad en su descargo refiere que la solicitud de acceso a la información pública de la asociación recurrente se encuentra en el área de recursos humanos; por tanto, la entidad no ha cuestionado la existencia de la información.

Por tanto, la entidad omitió entregar la información solicitada por la asociación recurrente, alegar su inexistencia o que, manteniéndola en su poder, dicha información se encuentre comprendida en alguno de los supuestos de excepción previstos por la Ley de Transparencia, no obstante que le corresponde demostrar dicha circunstancia, de modo que no se ha desvirtuado el principio de publicidad sobre la información requerida.

No obstante, lo mencionado precedentemente, respecto al Punto 5 se debe precisar que el numeral 5 del artículo 2 de la Ley de Protección de Datos Personales, califica como datos sensibles a la información relacionada a la salud la cual tiene un tratamiento especial, conforme lo dispone el numeral 13.6 del artículo 13 del mismo texto, al señalar que *"En el caso de datos sensibles, el consentimiento para efectos de su tratamiento, además, debe efectuarse por escrito. Aun cuando no mediara el consentimiento del titular, el tratamiento de datos sensibles puede efectuarse cuando la ley lo autorice, siempre que ello atienda a motivos importantes de interés público"*.

En tal sentido, conforme a las normas citadas, la información sobre la salud de las personas se considera comprendida dentro de la intimidad personal, de modo que el acceso a su contenido se encuentra limitado por el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, y en esa línea, constituye información confidencial exceptuada del derecho de acceso a la información pública, en concordancia con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Por tanto, siendo que la información solicitada respecto a la "*relación de personas con discapacidad", "Nº de Certificado Médico", "fecha del Certificado Médico",*

"institución que los expidió (MINSA, ESSALUD, u otros)", "Nº y fecha de resolución de CONADIS", ello implica que forma parte de su intimidad personal, por tanto esta información es confidencial conforme a lo establecido en el inciso 5) del artículo 17, el cual establece "*La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal"*, motivo por el cual deviene en **Infundados** estos extremos del Punto 5) de la solicitud.

Respecto a los Puntos 4), 6) y 7) de la solicitud están referidos a:
"(…)
4. *No incluir trabajadores por servicios ya que estos están bajo el alcance del código civil como locación de servicios.*
(…)
6. *La información solicitada en los párrafos precedentes nos servirá para determinar la cuota empleo de trabajadores (PCD) de conformidad con el artículo 49.1 de la Ley 29973. ¿Cómo se calcula la cuota de empleo? Sacando el porcentaje del 5% del total de trabajadores cualquiera sea el régimen laboral al que pertenezcan, por ejemplo si la entidad tiene 100 trabajadores sacamos el 5 % y como resultado nos dará que la cuota de empleo de acuerdo al artículo 49.1 de la Ley 29973 es que la entidad debe de contar con 5 trabajadores PCD. Si la entidad tiene un número menor que la cuota de empleo de trabajadores PCD, tendrá que llamar a concursos de méritos para completar la cuota de empleo.*
7. *Es importante que los ejecutivos de la entidad tomen en cuenta que el incumplimiento de la cuota de empleo constituye una falta muy grave de conformidad con la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad, ya que el artículo 81. Infracciones, 81.4, literal C) que a la letra dice: El incumplimiento de la cuota de empleo de personas con discapacidad y como consecuencia le corresponde una sanción de conformidad con el artículo 82. Sanciones, literal C) que a la letra dice: Suspensión sin goce de haber hasta por doce meses y literal D) que a la letra dice: Destitución del cargo a los funcionarios responsables (…)".*

Por tanto, estos puntos 4, 6 y 7 no constituyen un requerimiento de información a la entidad, por el contrario, son afirmaciones realizadas por la asociación recurrente, siendo ello así estos puntos **devienen en improcedentes**.

En consecuencia, corresponde que la entidad entregue la información solicitada por la asociación recurrente en los Puntos 1), 2), 3) y parte del Punto 5 conforme a lo detallado en la presente resolución al no haberse desvirtuado el Principio de Publicidad sobre dichos documentos, por lo que la entidad deberá entregarla procediendo, de ser el caso, con el tachado o exclusión de información protegida conforme a las causales establecidas en la Ley de Transparencia.

Finalmente, en virtud de lo establecido por 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 referida 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 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;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la **ASOCIACION COORDINADORA REGIONAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - ICA - ACORDEH PCD – ICA**; en consecuencia, **ORDENAR** que el **HOSPITAL REGIONAL DE ICA - MINISTERIO DE SALUD** entregue la información solicitada por la asociación recurrente respecto de los **Puntos 1), 2) 3) y respecto al Punto 5) en los extremos de "*Nº de personas con discapacidad", "régimen laboral al que pertenecen", "fecha de ingreso al centro laboral", "cargo o función que desempeñan"*,** conforme a los fundamentos 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 al **HOSPITAL REGIONAL DE ICA - MINISTERIO DE SALUD** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a la **ASOCIACION COORDINADORA REGIONAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - ICA - ACORDEH PCD – ICA.**

Artículo 3.- DECLARAR INFUNDADO el Punto 5) de la solicitud en cuanto a lo extremos de: "*relación de personas con discapacidad", "Nº de Certificado Médico", "fecha del Certificado Médico", "institución que los expidió (MINSA, ESSALUD, u otros)", "Nº y fecha de resolución de CONADIS"*, por ser información confidencial, conforme a lo desarrollado en la presente resolución.

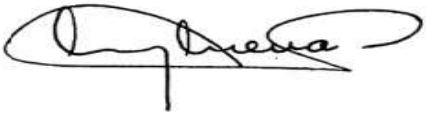
Artículo 4.- DECLARAR IMPROCEDENTES los puntos 4), 6 y 7), por no contener solicitud de información alguna, conforme a lo señalado en la presente resolución.

Artículo 5.- **DECLARAR** agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

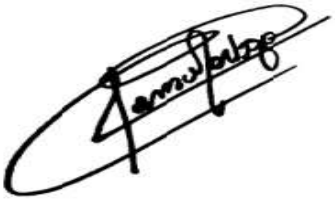
Artículo 6.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a la **ASOCIACION COORDINADORA REGIONAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - ICA - ACORDEH PCD – ICA** y al **HOSPITAL REGIONAL DE ICA - MINISTERIO DE SALUD**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

<u>Artículo 7</u>.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).

PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presicente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: pcp/cmn