Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 002593-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02657-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **OCTAVIO ROJAS CABALLERO**
Entidad : **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 14 de noviembre de 2022

VISTO el Expediente de Apelación Nº 02657-2022-JUS/TTAIP de fecha 24 de octubre de 2022, interpuesto por **OCTAVIO ROJAS CABALLERO**[1], contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD**[2] el 29 de setiembre de 2022, la cual originó la solicitud N° S-88470-2022, registrada con el número de trámite: 0179-2022-NIT-0025158.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 29 de setiembre de 2022, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente comunicó a la entidad que *"(...) mediante Resolución de Gerencia General No 298-GG-IPSS-97 de fecha 03/Mar/1997 se aprobó las Normas Generales de la nueva Política Remunerativa y de Bonificaciones aplicable a los Trabajadores del ex IPSS hoy EsSalud, sobre la base de las Resoluciones Supremas No 018-97-EF y No 019-97-EF que fueron generadas por las Ley No 26553, No 26706 y el D.L. No 25926, razón por la cual deviene en inaplicable el D.S. No 051-91-PCM a los trabajadores del Régimen Laboral del D. Leg. No 276 del ex IPSS hoy EsSalud; y, tomando en cuenta el Literal b) del Art. 9O de la Ley No 27056, donde se establece que el Gerente General es competente que emitir las Directivas y los procedimientos internos necesarios; SOLICITO, copia de:*

1. *Toda Normatividad Interna emitida por EsSalud, más sus ANTEDENTES con sus ANEXOS, que describen su alcance, la base legal, las pautas específicas y generales, el desarrollo del procedimiento, los requisitos exigidos, la emisión de informes previos, el método y fórmula matemática en formato Excel que identifica las variables aplicables de cálculo, los responsables, los niveles jerárquicos que autorizan la liquidación, el registro y archivamiento de acto final que otorga la "Asignación por cumplir 25 y 30 años de Servicios a EsSalud" previsto en el Art. 54° del D. Leg. 276 y en función de la Remuneración Total o íntegra percibida*

[1] En adelante, el recurrente.
[2] En adelante, la entidad.

(Remuneración y Bonificación por Productividad de acuerdo a las Resoluciones Supremas No 018 y 019-97-EF)". (sic)

El 24 de octubre de 2022, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo por parte de la entidad, el recurrente, con carta N° 27-ORC-2022, interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis; asimismo, cabe señalar que el interesado indicó que *"(...) Habiéndose demostrado la RESOPONSABILIDAD SUBJETIVA del* ***FREIAP*** *por* ***incumplimiento*** *de sus Atribuciones, Obligaciones o Deberes FUNCIONALES siendo que de modo arbitrario OBSTRUYÓ el derecho del solicitante a la* ***información completa*** *requerida, a la vez que OBSTACULIZÓ el cumplimiento de la Ley, por cuanto omitió RESOLVER el petitorio a sabiendas de su contravención al ordenamiento jurídico, corresponde a la "Segunda Instancia" Administrativa, al momento de emitir pronunciamiento sobre el presente recurso impugnativo, ordenar lo conveniente para que sea EsSalud quien haga efectiva la responsabilidad del "infractor" por su conducta omisa. [Art. 11° Numeral 11.2 párrafo final y Numeral 11.3 de la LPAG, Arts. 4°, 14°, 34°, 35° numeral 35.1, y 37° de la LTAIP y Arts. 7°, 29°, 30°, 31°,32°, 33°,35° y 36° del RLTAIP]".* (subrayado agregado)

Mediante la Resolución N° 002418-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[3] se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente 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

[3] Resolución de fecha 27 de octubre de 2022, la cual fue debidamente notificada a la Mesa de Partes Virtual de la entidad: https://mpv.essalud.gob.pe/Login/Index, el 3 de noviembre de 2022 a horas 11:37, generándose la solicitud N° S-99186-2022 la cual fue registrada con el número de trámite: 0179-2022-NIT-0025158, conforme la 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.

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 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)

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.

Se advierte de autos, que el recurrente comunicó a la entidad que *"(...) mediante Resolución de Gerencia General No 298-GG-IPSS-97 de fecha 03/Mar/1997 se aprobó las Normas Generales de la nueva Política Remunerativa y de Bonificaciones aplicable a los Trabajadores del ex IPSS hoy EsSalud, sobre la base de las Resoluciones Supremas No 018-97-EF y No 019-97-EF que fueron generadas por las Ley No 26553, No 26706 y el D.L. No 25926, razón por la cual deviene en inaplicable el D.S. No 051-91-PCM a los trabajadores del Régimen Laboral del D. Leg. No 276 del ex IPSS hoy EsSalud; y, tomando en cuenta el Literal b) del Art. 9O de la Ley No 27056, donde se establece que el Gerente General es competente que emitir las Directivas y los procedimientos internos necesarios; SOLICITO, copia de:*

1. *Toda Normatividad Interna emitida por EsSalud, más sus ANTEDENTES con sus ANEXOS, que describen su alcance, la base legal, las pautas específicas y generales, el desarrollo del procedimiento, los requisitos exigidos, la emisión de informes previos, el método y fórmula matemática en formato Excel que identifica las variables aplicables de cálculo, los*

responsables, los niveles jerárquicos que autorizan la liquidación, el registro y archivamiento de acto final que otorga la "Asignación por cumplir 25 y 30 años de Servicios a EsSalud" previsto en el Art. 54° del D. Leg. 276 y en función de la Remuneración Total o íntegra percibida (Remuneración y Bonificación por Productividad de acuerdo a las Resoluciones Supremas No 018 y 019-97-EF)". (sic) (subrayado agregado)

Por ello, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo por parte de la entidad, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, solicitando la entrega de la información requerida; asimismo, señaló que ante el incumplimiento de la entrega de lo requerido así como de la Ley de Transparencia solicitó a este colegiado que *"(...) al momento de emitir pronunciamiento sobre el presente recurso impugnativo, ordenar lo conveniente para que sea EsSalud quien haga efectiva la responsabilidad del "infractor" por su conducta omisa (...)".*

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.

En atención a la información requerida por el recurrente, cabe señalar que, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de las entidades del Estado, de modo que la información que estas entidades posean, administren o hayan generado como consecuencia del ejercicio de sus facultades, atribuciones o el cumplimiento de sus obligaciones, sin importar su origen, utilización o el medio en el que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública.

En esa línea, cabe indicar que el primer párrafo del artículo 10 de la Ley de Transparencia precisa 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"*; por ello, el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 09378-2013-PHD/TC y en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD, el Tribunal Constitucional interpretó dicho artículo de la siguiente manera: *"(...) Lo realmente trascendental a efectos de que pueda considerarse como 'información pública', no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva".* (subrayado nuestro)

En ese contexto, al no haberse descartado el carácter público de la información requerida, consistente en toda la normatividad interna emitida por la entidad, antecedente con sus anexos, que describen su alcance, la base legal, las pautas

específicas y generales, el desarrollo del procedimiento, los requisitos exigidos, la emisión de informes previos, el método y fórmula matemática en formato Excel que identifica las variables aplicables de cálculo, los responsables, los niveles jerárquicos que autorizan la liquidación, el registro y archivamiento de acto final que otorga la asignación por cumplir 25 y 30 años de Servicios a EsSalud previsto en el artículo 54° del Decreto Legislativo N° 276 y en función de la remuneración total o íntegra percibida (Remuneración y Bonificación por Productividad de acuerdo a las Resoluciones Supremas No 018 y 019-97-EF), se presume que dicha información posee carácter público.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, cabe la posibilidad de que eventualmente dicha documentación pueda contar con información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia. En cuanto a ello, de manera ilustrativa, 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[6] de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado y ordenar a la entidad que proceda a la entrega al recurrente de la información pública requerida[7], conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

De otro lado, y atendiendo a lo señalado por el recurrente en su recurso de apelación, en el cual se indicó que *"(…) corresponde a la "Segunda Instancia" Administrativa, al momento de emitir pronunciamiento sobre el presente recurso impugnativo, ordenar lo conveniente para que sea EsSalud quien haga efectiva la responsabilidad del "infractor" por su conducta omisa. [Art. 11° Numeral 11.2 párrafo final y Numeral 11.3 de la LPAG, Arts. 4°, 14°, 34°, 35° numeral 35.1, y 37° de la LTAIP y Arts. 7°, 29°, 30°, 31°,32°, 33°,35° y 36° del RLTAIP] (…)".* (subrayado agregado)

En cuanto a ello, es importante precisar al recurrente que de conformidad con los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, corresponde a cada institución pública establecer la responsabilidad o responsabilidades en que hubieren incurrido sus servidores públicos frente a la comisión de presuntas infracciones a las normas de transparencia y acceso a la información pública, situación que debe ser considerada por todas las entidades respecto a la atención de las solicitudes presentadas por los ciudadanos.

Asimismo, es oportuno señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 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[8], corresponde a esta instancia *"Resolver, en última instancia administrativa, los recursos de apelación que interpongan los funcionarios y servidores públicos sancionados por el incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información*" (Subrayado agregado).

Siendo esto así, al constituir este Tribunal segunda instancia administrativa dentro de los procedimientos disciplinarios que hubiera lugar en materia de transparencia, esta instancia no resulta competente para imponer las sanciones solicitadas por el recurrente, debiendo ser analizados y evaluados al interior de la entidad, en primera instancia administrativa.

---

[6] *"Artículo 19.- Información parcial*
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".

[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, Decreto Legislativo N° 1353.

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.

De conformidad con lo dispuesto[9] 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 **OCTAVIO ROJAS CABALLERO**; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD** que entregue la información pública solicitada por el recurrente, 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 al **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **OCTAVIO ROJAS CABALLERO.**

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

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución **OCTAVIO ROJAS CABALLERO** y al **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

[9] 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.

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

PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: uzb