

PRECEDENTES VINCULANTES

(Constitucionales, Judiciales y Administrativos)

Año XXXII / N° 1221

1

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 004442-2023/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 04020-2023-JUS/TTAIP

Recurrente : **ASUNCIÓN CHÁVEZ AGUILAR**Entidad : **INSTITUCIÓN EDUCATIVA N° 80040
DIVINO MAESTRO – LA ESPERANZA –
TRUJILLO**

Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 13 de diciembre de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 04020-2023-JUS/TTAIP de fecha 20 de noviembre de 2023, interpuesto por **ASUNCIÓN CHÁVEZ AGUILAR** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo a sus solicitudes de acceso a la información pública presentadas ante la **INSTITUCIÓN EDUCATIVA N° 80040 DIVINO MAESTRO – LA ESPERANZA- TRUJILLO** con fecha 20 de octubre de 2023, registradas con Expedientes N°s 1547-2023 y 1548-2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 20 de octubre de 2023, el recurrente requirió a la entidad, mediante la solicitud registrada con Expediente N° 1547-2023, que le remita a su correo electrónico la siguiente información:

“a. Copias de los informes de Coordinación pedagógica sobre cumplimiento en la presentación de la planificación curricular anual y unidades de aprendizaje y/o experiencias de aprendizaje del año 2022 del personal docente de nivel secundaria a cargo del prof. Santos GIL ROJAS.

b. Copia del contrato del señor Omar H.NARCISO AVILA, contratado por el comité de Recursos propios como CONTADOR” (sic).

En la misma fecha requirió a la entidad, mediante la solicitud registrada con Expediente N° 1548-2023, que le remita a su correo electrónico la siguiente información:

“a) Copias de reporte de asistencia mensual de control de asistencia del personal docente, primaria, secundaria-administrativos-auxiliares de los meses de Enero a Julio del 2023 del reloj Biométrico.

b) Copias de las partes de asistencia mensual de forma manual del personal docente primaria-secundaria-

administrativos y auxiliares de los meses de agosto, setiembre y hasta el 18-10-2023.

c) Copia del Estado de cuenta de la cuenta 0741-214512-Banco de la Nación Recursos Propios año 2021-2022 y 2023” (sic).

Con fecha 20 de noviembre de 2023, el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando que no recibió respuesta a su solicitud en el plazo legal establecido.

Mediante la RESOLUCIÓN N° 004161-2023/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA de fecha 20 de noviembre de 2023, notificada a la entidad el 1 de diciembre del mismo año, esta instancia admitió a trámite el referido recurso de apelación, respecto de las dos solicitudes de información, y le requirió el expediente administrativo correspondiente y la formulación de sus descargos.

Mediante Oficio N° 341-2023-UGEL 02-I.E.-80040-DM-D la entidad, a través de su director, remitió el expediente administrativo relativo a la solicitud registrada con N° 1547-2023, y brindó sus descargos indicando que respecto de los informes de coordinación pedagógica y el contrato del señor Omar Narciso Ávila, dicha información es del año 2022, por lo que al haber asumido el cargo de director el 1 de agosto de 2023 no es responsable de los actuados anteriores al tomar posesión de su cargo, añadiendo que dicha información no se encuentra en los archivos de la institución educativa, y que, por lo mismo, se deniega dicho pedido en aplicación del artículo 13 de la Ley de Transparencia, al no estar obligado a crear o reproducir información con la que no se cuenta o no se encuentra obligado a contar al momento de efectuarse el pedido.

Asimismo, adjunta la Carta N° 002- 2023- UGEL 02- I. E-80040-DM-D de fecha 1 de diciembre de 2023, emitida por el director de la entidad y dirigida al recurrente en atención al Exp. N° 1547-2023, y en la cual le indica que la información requerida no se encuentra en los archivos de la institución educativa, y que la misma corresponde al año 2022, no teniendo responsabilidad por los actuados generados con anterioridad a la asunción de su cargo, invocando el artículo 13 de la Ley de Transparencia.

Finalmente, se aprecia un correo electrónico remitido al destinatario “asuncionchavezaguilar”, que adjunta en archivo pdf la Carta 002-RPT.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú¹ establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y

las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En este marco, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS², establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

A su vez, el artículo 10 de la Ley de Transparencia, establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo, 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.

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base a razones de hecho y a las excepciones respectivas contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1. Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia consiste en determinar si las solicitudes de acceso a la información pública han sido atendidas conforme a ley.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que recoge el principio de publicidad, toda la información que posea el Estado se presume pública y, por ende, la entidad está obligada a entregarla, salvo que esta se encuentre comprendida en las excepciones mencionadas en dicha norma.

En dicho contexto, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración Pública, salvo las limitaciones expresamente indicadas en la ley.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-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”*.

Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional precisó que le 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:

“Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al

interés constitucional que la justifica. De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado” (subrayado agregado).

En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, o en algún otro supuesto legal, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

De autos se observa que el recurrente solicitó a la entidad mediante los Expedientes 1547 y 1548 la información detallada en los antecedentes de la presente resolución, y la entidad no brindó atención a dichas solicitudes en el plazo de ley.

Ante ello, el recurrente interpuso el presente recurso de apelación por no haber existido respuesta dentro del plazo legal. La entidad, por su parte, a través de su director, ha remitido el expediente administrativo referido a la solicitud registrada con N° 1547-2023, y ha brindado sus descargos respecto de dicha solicitud, indicando que en los archivos de la institución no se encuentra lo requerido, y que la información solicitada corresponde al año 2022, no siendo responsable de los actuados generados antes de la asunción de su cargo de director el 1 de agosto de 2023, por lo que deniega lo requerido en aplicación del artículo 13 de la Ley de Transparencia. Asimismo, se aprecia que ha adjuntado la Carta N° 002-2023- UGEL 02- I. E-80040-DM-D, mediante la cual le traslada dicha respuesta al administrado. Finalmente, se observa un correo electrónico, mediante el cual le habría remitido la referida carta.

En dicha línea, se precisa que la entidad no ha remitido el expediente administrativo referido a la solicitud registrada con N° 1548-2023, ni ha brindado descargos respecto de la atención de dicha solicitud, pese a que la resolución mediante la cual se admitió a trámite el recurso de apelación y se requirió descargos a la entidad mencionó expresamente ambas solicitudes.

En dicho contexto, corresponde determinar si la atención brindada a las solicitudes de información registradas con expedientes 1547 y 1548-2023 es conforme a ley.

Sobre el Expediente 1547-2023

En este punto, el recurrente ha solicitado que se remita a su correo electrónico: a) los informes de coordinación pedagógica sobre cumplimiento en la presentación de la planificación curricular anual y unidades de aprendizaje y/o experiencias de aprendizaje del año 2022 del personal docente de nivel secundaria a cargo del docente Santos Gil Rojas, y b) el contrato del señor Omar Narciso Ávila, contratado por el Comité de Recursos Propios como contador.

La entidad, por su parte, con posterioridad a la interposición del recurso de apelación, brindó respuesta a dicha solicitud mediante la Carta N° 002-2023- UGEL 02- I. E-80040-DM-D de fecha 1 de diciembre de 2023, emitida por su director, señalando que lo solicitado no se encontraba en los archivos de la institución educativa, y que, correspondiendo lo solicitado al año 2022, no era responsable de dichos actuados, pues recién había asumido el cargo en agosto de 2023, por lo que invocando el artículo 13 de la Ley de Transparencia denegó dicha solicitud.

Al respecto, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que conforme al citado artículo 13 de la Ley de Transparencia cuando la entidad deniega la solicitud alegando la inexistencia de lo solicitado, debe comunicar por escrito dicha denegatoria al solicitante.

En dicho contexto, si bien se aprecia en autos un correo electrónico remitido al destinatario “asuncionchavezaguilar”, que adjunta en archivo pdf la Carta 002-RPT, dicho correo

no brinda certeza de que se haya remitido la Carta N° 002-2023- UGEL 02- I. E-80040-DM-D al recurrente, puesto que no se aprecia la dirección electrónica a la cual fue enviada dicha comunicación ni tampoco la fecha del mencionado correo.

Asimismo, no se observa que la entidad haya remitido a esta instancia la respuesta de recepción emitida por el recurrente desde su correo electrónico o la constancia generada en forma automática por un sistema informatizado, conforme lo exige el segundo párrafo del numeral 20.4 del artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁴, para dar por válida la notificación de un acto administrativo efectuado por correo electrónico.

El aludido segundo párrafo del numeral 20.4 del artículo 20 de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

“La notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando la entidad reciba la respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado o esta sea generada en forma automática por una plataforma tecnológica o sistema informático que garantice que la notificación ha sido efectuada. La notificación surte efectos el día que conste haber sido recibida, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 25” (subrayado agregado).

El citado precepto exige pues para la validez de la notificación al correo electrónico, la respuesta de recepción de la dirección electrónica del administrado o una constancia de recepción automática, las cuales no figuran en el presente expediente.

Asimismo, tampoco figura en el expediente alguna actuación del recurrente en la cual este afirme haber tomado conocimiento o del cual se deduzca razonablemente que este haya tomado conocimiento del correo electrónico adjuntado a los descargos, de modo que dicha notificación surta efectos legales, conforme lo prescribe el artículo 27 de la Ley N° 27444. Dicho precepto señala lo siguiente:

“Artículo 27.- Saneamiento de notificaciones defectuosas

27.1 La notificación defectuosa por omisión de alguno de sus requisitos de contenido, surtirá efectos legales a partir de la fecha en que el interesado manifiesta expresamente haberla recibido, si no hay prueba en contrario.

27.2 También se tendrá por bien notificado al administrado a partir de la realización de actuaciones procedimentales del interesado que permitan suponer razonablemente que tuvo conocimiento oportuno del contenido o alcance de la resolución, o interponga cualquier recurso que proceda. No se considera tal, la solicitud de notificación realizada por el administrado, a fin que se sea comunicada alguna decisión de la autoridad” (subrayado agregado).

En dicha línea, es preciso recordar que en los Fundamentos 9 y 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1637-2017-PHD/TC, el Tribunal Constitucional estableció como línea jurisprudencial, el criterio según el cual constituye parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública el adecuado diligenciamiento de la notificación de la respuesta a las solicitudes de acceso a la información pública, conforme al siguiente texto:

“El Tribunal Constitucional, ha resaltado, en reiteradas oportunidades, que la obligación de responder al petitionante por escrito y en un plazo razonable forma parte de un aspecto fundamental del derecho de acceso a la información pública, pues se trata de una modalidad de concreción del derecho de petición (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 04912-2008-PHD/TC, fundamento 8).

(...) Por lo tanto, debe quedar claro que el debido diligenciamiento de una notificación de respuesta al administrado, incide directamente en la satisfacción del derecho de acceso a la información pública, pues a través de la notificación se facilita al administrado el control ciudadano que busca a través del mencionado derecho

en el marco de un Estado Constitucional” (subrayado agregado).

En consecuencia, se concluye que la entidad no notificó válidamente la Carta N° 002- 2023- UGEL 02- I. E-80040-DM-D, conforme a la normativa antes expuesta, y por ende no se ha acreditado haber brindado respuesta a la solicitud del recurrente.

Por otro lado, en cuanto al contenido de la respuesta emitida por la entidad, debe precisarse que, conforme al artículo 3 de la Ley de Transparencia, toda información en posesión del Estado se presume pública, y que de acuerdo al artículo 10 del mismo cuerpo normativo las entidades de la Administración Pública se encuentran obligadas a proporcionar toda información que se le requiera, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

En dicho contexto, no resulta admisible el argumento de la entidad, esgrimido a través de su director, de que no es responsable de la información generada antes de la asunción de su cargo en agosto de 2023, pues al margen de la fecha en que se haya generado la información, toda entidad de la Administración Pública⁵ es responsable de su conservación y entrega cuando sea demandada en ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Por otro lado, en cuanto al argumento de que la información requerida no se encuentra en los archivos de la entidad, es preciso tener en cuenta que el artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que: *“[c]uando una entidad de la Administración Pública no localiza información que está obligada a poseer o custodiar, deberá acreditar que ha agotado las acciones necesarias para obtenerla a fin de brindar una respuesta al solicitante”* (subrayado agregado).

Además, es preciso destacar que conforme al Precedente Vinculante emitido por este Tribunal en el Expediente N° 0038-2020-JUS/TTAIP y publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 11 de febrero de 2020 y en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁶, *“cuando las entidades denieguen el acceso a la información pública en virtud de la inexistencia de la información requerida, deberán previamente verificar mediante los requerimientos a las unidades orgánicas que resulten pertinentes si la información: i) fue generada por la entidad; y ii) si ha sido obtenida, se encuentra en su posesión o bajo su control; asimismo, luego de descartar ambos supuestos, deberán comunicar de manera clara y precisa, dicha circunstancia al solicitante”* (subrayado agregado).

Por su parte, el artículo 21 de la Ley de Transparencia incorpora la obligación de la Administración Pública de no destruir la información que posea.

En la misma línea, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Transparencia, precisa que cuando se solicite información afectada por algún supuesto de extravío, destrucción, extracción, alteración o modificación indebidas de la información en poder de la entidad, corresponde al responsable de atender la solicitud, informar de dicha situación a la persona solicitante, así como los avances o resultados de las acciones orientadas a recuperar la información o la imposibilidad de brindársela por no haberla podido recuperar.

Asimismo, el literal h) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que la máxima autoridad de la entidad tiene la obligación de: *“Disponer la inmediata recuperación o reconstrucción de la información afectada por alguna de las conductas antes mencionadas”*.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional desestimó el argumento de la inexistencia de la información para denegar la solicitud de acceso a la información pública, teniendo en cuenta que el penúltimo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia señala que en caso una entidad de la Administración Pública no localiza información que está obligada a poseer o custodiar, deberá acreditar que ha agotado las acciones necesarias para obtenerla a fin de brindar una respuesta al solicitante. De esta manera, de acuerdo al Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07675-2013-PHD/TC, el colegiado indicó que:

“(…) en consideración de este Tribunal, esta fundamentación resulta insuficiente a efectos de denegar

el requerimiento de información. El artículo 13 del TUO de la Ley 27806, señala que ante la inexistencia de datos, la entidad debe comunicar por escrito tal hecho; sin embargo, esto no implica apelar a la "no existencia" de dicha información para eludir responsabilidad (véase, STC. Exp. N° 01410-2011-PHD/TC F.J.8). Por ende, es necesario que la Contraloría General de la República agote las diligencias necesarias a efectos de localizar la documentación requerida, más aún si este Tribunal ha verificado de autos que la información solicitada en dichos documentos es de su competencia funcional y se ha elaborado en la propia institución" (subrayado agregado).

Del mismo modo, dicho Colegiado señaló que no basta agotar la búsqueda de la información, sino que la entidad debe reconstruirla ante su destrucción o extravío a fin de garantizar este derecho fundamental. Al respecto, conforme al Fundamento 8 la sentencia recaída en el Expediente N° 01410-2011-PHD/TC:

"Este Colegiado aprecia que la emplazada intenta eludir dicha responsabilidad apelando a la "no existencia" de dicha información. Así, adjuntó a la contestación de la demanda el Informe Técnico N° 123-2009-UATyC-GDU-MDP (fojas 81), expedido por la Unidad de Acondicionamiento Territorial y Control Urbano de la Municipalidad Distrital de Punchana, que indica: "se ha procedido a realizar la respectiva búsqueda en nuestros archivos de los antecedentes que generaron dicho título de propiedad, sin embargo únicamente se encontró una hoja de papel simple que señala que dicho expediente fue retirado con fecha 20/02/2006, para ser anexado al Expediente del Mercadillo Bellavista Nanay; sin embargo realizada la verificación y realizada la revisión en el referido expediente se observa la no existencia, de dichos documentos". Este Tribunal no comparte el criterio de la demandada. Si bien se infiere, del citado documento que la información requerida por los demandantes fue trasladada de un expediente a otro, la conservación de tal información es de responsabilidad de la Municipalidad, por lo que ésta no puede apelar a la "no existencia" de dicha información para eludir su obligación de entregarla a los actores. Es necesario agotar las diligencias necesarias a efectos de localizar la documentación requerida. En su defecto y de quedar comprobado el extravío de la misma, disponer la reconstrucción del expediente administrativo correspondiente, para luego de ello cumplir con su entrega en copias a los interesados" (subrayado agregado).

De este modo, se concluye que, cuando una entidad recibe una solicitud de acceso a la información pública y cuenta con la información requerida, debe entregarla al administrado, o cuando no cuente con ella, pese a que deba contar con la misma, debe realizar las gestiones necesarias para buscarla y/o reconstruirla a fin de entregarla, así como informar al recurrente de dicha situación y de los avances o resultados de las acciones orientadas a recuperar la información o, en su defecto, informarle de manera clara, precisa y detallada acerca de la imposibilidad de brindársela.

En el caso de autos, esta instancia aprecia que la entidad se ha limitado a señalar que la información requerida no se encuentra en sus archivos, sin acreditar las acciones efectuadas para su búsqueda, ni presentar los requerimientos efectuados a las unidades orgánicas que pueden estar en posesión de dicha documentación o la respuesta de éstas. Asimismo, la entidad tampoco ha indicado si los informes de coordinación pedagógica o el contrato laboral solicitados se generaron o no, pues en dicho caso le correspondía su conservación y, en caso de extravío, agotar las acciones para su ubicación y/o recuperación.

Por lo demás, debe precisarse que lo solicitado tiene naturaleza pública, en la medida que los informes de coordinación pedagógica solicitados hacen alusión a la programación curricular anual, esto es, están referidos a documentos emitidos para el cumplimiento de la función educativa desplegada por la entidad.

Asimismo, en cuanto al contrato laboral del señor Omar Narciso Ávila como contador, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley de Transparencia, que señala que las entidades se

encuentran obligadas a publicar en su portal institucional la siguiente información: "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).

Siendo ello así, en la medida que la información sobre el personal de la entidad, su remuneración y su situación laboral es información que las entidades se encuentran obligadas a publicar en sus portales institucionales, los contratos de dichos servidores y funcionarios, en la medida que contienen sus funciones, derechos y obligaciones, así como sus remuneraciones y beneficios, también tienen carácter público, debiendo en su caso tacharse los datos personales de individualización y contacto que obren en dichos contratos, de conformidad con el numeral 5 del artículo 17⁹ y el artículo 19⁸ de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación en este extremo y disponer la entrega de la información solicitada por correo electrónico, notificando válidamente la misma, y tachando de ser el caso los datos personales de individualización y contacto que se encuentren en dicha documentación, agotando las acciones para su búsqueda y/o recuperación, informando de dichas acciones al recurrente o de la imposibilidad de entregar lo solicitado.

Respecto al Expediente 1548-2023

En este punto, el recurrente solicitó se le remita por correo electrónico: a) el reporte de asistencia mensual del reloj biométrico correspondiente al personal docente, administrativo y auxiliar, de los meses de enero a julio de 2023, b) los partes de asistencia mensual de forma manual del personal docente, administrativo y auxiliar, de los meses de agosto, setiembre y hasta el 18- de octubre de 2023, y c) el estado de cuenta de la Cuenta N° 0741-214512 del Banco de la Nación por Recursos Propios año 2021, 2022 y 2023.

La entidad, por su parte, no ha acreditado haber atendido dicha solicitud ni ha efectuado pronunciamiento alguno respecto de ella en sus descargos.

En consecuencia, corresponde determinar si la información solicitada en este extremo es de carácter público y, por ende, corresponde ser entregada al recurrente.

Con relación a los reportes de asistencia de los funcionarios y servidores públicos, este Colegiado debe resaltar que conforme al artículo 39 de la Constitución "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación"; es decir, a diferencia de lo que ocurre con un trabajador que labora para un empleador particular, el servidor público realiza su trabajo en beneficio de la Nación, esto es, al servicio de un interés que no es particular, sino público.

En dicho contexto, es que la legislación sobre el servicio civil en nuestro país ha establecido que toda la regulación sobre este sector está orientada a fortalecer un Servicio Civil que redunde en la mejora de la calidad de los servicios que el Estado brinda a los ciudadanos. Así, lo ha plasmado el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil⁹, el cual prescribe que: "La finalidad de la presente Ley es que las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran" (subrayado agregado). En la misma línea, como primer principio que orienta la regulación del Servicio Civil, la referida ley ha recogido en el literal a) del artículo III de su Título Preliminar el Principio del Interés General, conforme al cual "El régimen del Servicio Civil se fundamenta en la necesidad de recursos humanos para una adecuada prestación de servicios públicos" (subrayado agregado).

El mismo reconocimiento ha sido efectuado por el artículo 3 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública¹⁰, cuando establece que: "Los fines de la función pública son el Servicio a la Nación, de conformidad

con lo dispuesto en la Constitución Política, y la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos” (subrayado agregado).

Es decir, dicha legislación reconoce la relación estrecha que existe entre el perfeccionamiento del régimen de acceso, capacitación, evaluación, derechos que se otorgan y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del servidor público, y la mejora que todo ello puede producir en la calidad de los servicios brindados por los entes estatales.

Bajo ese contexto, antes que un régimen de confidencialidad sobre los procesos regulados por la Ley del Servicio Civil, esta norma ha establecido en el literal g) del artículo III de su Título Preliminar al Principio de Transparencia como uno de sus principios rectores, en virtud al cual: “La información relativa a la gestión del régimen del Servicio Civil es confiable, accesible y oportuna”.

En la misma línea, el numeral 2 del artículo 7 del Código de Ética de la Función Pública recoge como un deber de todo servidor público la Transparencia, conforme a la cual el servidor “Debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe de brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna” (subrayado agregado).

En el caso de los docentes, la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial, ha recogido también el principio de probidad y ética pública en su actuación, sujetando su actuación a la Ley del Código de Ética de la Función Pública, conforme a lo estipulado por su artículo 2:

“Artículo 2. Principios

El régimen laboral del magisterio público se sustenta en los siguientes principios:

(...)

b) Principio de probidad y ética pública: La actuación del profesor se sujeta a lo establecido en la Constitución Política del Perú, la Ley del Código de Ética de la Función Pública y la presente Ley”.

En ese marco es que la Ley de Transparencia no ha introducido ninguna causal de excepción relativa a la información sobre los aspectos laborales de los servidores públicos, haciendo explícita más bien la obligación de publicitar activamente determinada información sobre dichos aspectos. Así, el numeral 2 de su artículo 5 ha establecido que las entidades estatales deben difundir a través de internet: “La información presupuestal que incluya datos sobre los presupuestos ejecutados, proyectos de inversión, partidas salariales y los beneficios de los altos funcionarios y el personal en general, así como sus remuneraciones y el porcentaje de personas con discapacidad del total de personal que labora en la entidad, con precisión de su situación laboral, cargos y nivel remunerativo” (subrayado agregado).

En idéntico sentido, el numeral 3 del artículo 25 de la misma norma ha previsto que las entidades estatales deben publicar trimestralmente: “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 periodo 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).

Lo mismo ha sido recogido por el artículo 8 del Reglamento de la Ley de Transparencia, que en su literal m) ha establecido la obligación de que las entidades estatales publiquen en su Portal de Transparencia: “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”.

Pero no solo la remuneración constituye una información de la vida laboral de los servidores públicos que tiene carácter público. En la medida que impacta en la

erogación de recursos públicos, el Tribunal Constitucional ha establecido que también constituye información pública la información sobre sueldos, horas extras, pasajes, viáticos y otros conceptos otorgados a trabajadores de entidades estatales, en el Fundamento 36 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03994-2012-PHD/TC en el que precisó lo siguiente:

“36. Los pedidos 1, 2, 11, 13, 25, 27, 35 Y 52, referidos a información sobre erogaciones como pasajes, viáticos y consumos debe entregarse siempre que se encuentren referidos a gastos que haya realizado la empresa. En cuanto a los sueldos, horas extras, y demás erogaciones, las copias de los documentos requeridos podrán entregarse siempre que no contengan información vinculada a la esfera privada de los trabajadores, en función de lo previsto en el artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.

En dicha línea, en los Fundamentos del 6 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, el Tribunal Constitucional estableció que la ficha personal de un servidor público también constituye información pública, aun cuando no se relaciona con erogaciones de recursos públicos, sino en razón a que permite evaluar la idoneidad y capacidad de la persona para el ejercicio del cargo público:

“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” (subrayado agregado).

Ahora bien, no solo tiene carácter público la información sobre recursos asignados a los servidores públicos, y que suponen erogaciones del Tesoro Público, o sobre los requisitos y condiciones que requieren los servidores públicos para acceder a un cargo público, sino esencialmente la información sobre el cumplimiento de sus obligaciones, su desempeño laboral, y sobre la responsabilidad que asuman como consecuencia del ejercicio de sus funciones¹¹.

Y es que, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD, el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos viene asociado indefectiblemente al principio de publicidad, pues solo en la medida que la ciudadanía tenga acceso a información sobre el desempeño de los servidores públicos podrá efectuarse una adecuada fiscalización sobre su labor:

“Uno de los elementos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho es la responsabilidad de los funcionarios. Ello implica una capacidad fiscalizadora importante por parte de la población a fin de controlar a los funcionarios y servidores públicos, idea central o nuclear

del sistema democrático. 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. Como ya se dijo en la STC 04912-2008-HD/TC, 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” (fundamento 3)” (subrayado agregado).

En síntesis, la información sobre la relación laboral que establecen las entidades estatales con los servidores y funcionarios públicos no resulta, por el solo hecho de su carácter laboral, una información de carácter confidencial o relativa a la intimidad de dichos servidores y funcionarios, sino que, en la medida que permite fiscalizar adecuadamente el uso de los recursos públicos en los distintos beneficios que estos reciben, sus capacidades e idoneidad para el ejercicio del cargo público, así como el cumplimiento de sus funciones y obligaciones, y las responsabilidades que asumen en función a ello, dicha información alcanza una connotación claramente pública, que la ley y la jurisprudencia han reconocido, conforme se ha podido apreciar en los párrafos precedentes.

Es bajo este marco jurídico que la información sobre el registro de ingreso y salida de los servidores públicos también ostenta naturaleza pública, en la medida que permite, como ya lo ha sostenido esta instancia en diversas ocasiones: i) el control sobre el adecuado uso de los recursos públicos que van destinados al pago de las remuneraciones de dichos servidores, y ii) la fiscalización sobre el cumplimiento de sus obligaciones de asistencia, puntualidad y permanencia, que puede acarrear incluso el inicio de procedimientos administrativos disciplinarios.

Con relación al control sobre el uso de recursos públicos que permite el acceso a la información sobre el registro de ingreso y salida de servidores públicos, es preciso destacar que conforme al artículo 32 de la Ley del Servicio Civil:

“La compensación económica del puesto se financia con recursos ordinarios, recursos directamente recaudados o ambos, de acuerdo a las partidas presupuestales correspondientes programadas para cada entidad. En ningún caso se puede utilizar financiamiento proveniente de partidas presupuestales diferentes a las programadas.

El pago de dicha compensación solo corresponde como contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, quedando prohibido el pago de compensaciones por días no laborados (...)” (subrayado agregado).

En dicha línea, es que el artículo 91 del mismo cuerpo normativo ha establecido que en el caso de las tardanzas e inasistencias de los servidores públicos corresponde la aplicación de los descuentos respectivos, sin perjuicio de la imposición de las sanciones que correspondan.

Bajo esa óptica, el artículo 129 del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, establece que todas las entidades públicas están obligadas a contar con un Reglamento Interno de los Servidores Civiles, en el cual deben señalarse los derechos y obligaciones del servidor civil y la entidad pública, así como las sanciones en caso de incumplimiento; debiendo incluirse en dicho Reglamento, como mínimo, entre otras, normas sobre el control de asistencia del servicio civil. En ese contexto, el artículo 130 del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil dispone que todas las entidades públicas están obligadas a contar con un registro permanente de control de asistencia, en el que los servidores civiles consignan de manera personal el ingreso y salida dentro del horario establecido.

Por otro lado, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 028-2007-PCM, por el cual se dictan disposiciones a fin de promover la puntualidad como práctica habitual en todas las entidades de la Administración Pública, prescribe que “*Todos los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, sin excepción, están obligados a iniciar sus actividades laborales en la hora fijada como inicio de la jornada de trabajo establecida*”, a lo que el artículo 4 de dicha norma agrega que “*La infracción a las normas*

internas relativas a la puntualidad conlleva la imposición de sanciones administrativas, conforme a ley” (subrayado agregado).

Finalmente, para el caso de los docentes, el artículo 40 de la Ley de Reforma Magisterial ha establecido que la asistencia y puntualidad son deberes que los mismos deben cumplir, conforme al calendario escolar (dictado de clases) y horario de trabajo establecido:

“Artículo 40. Deberes

Los profesores deben: (...)

e) Cumplir con la asistencia y puntualidad que exige el calendario escolar y el horario de trabajo”.

Es decir, de acuerdo a la normativa citada, la asistencia, puntualidad y permanencia en el centro de trabajo constituye una obligación de todos los servidores públicos, cuyo incumplimiento determina el descuento de la remuneración correspondiente, así como la imposición de las sanciones que cada entidad establezca; por lo que el acceso al registro de ingreso y salida de los servidores públicos permite no solo fiscalizar que el pago de las remuneraciones refleje el servicio efectivamente brindado por dichos servidores, sino que estos cumplan los deberes y obligaciones impuestos por el orden jurídico, como la asistencia, permanencia y puntualidad.

Por lo demás, el acceso al registro de asistencia puede revelar situaciones mucho más graves como el de los “empleados fantasmas”, los cuales perciben remuneraciones por parte del Estado, pero no laboran efectivamente en dicha dependencia pública, y cuyos casos son reiteradamente expuestos en diversos medios¹², frente a lo cual la publicidad del registro de asistencia resulta esencial como medio que puede permitir develar dicha práctica que afecta severamente a la integridad de la función pública.

Asimismo, debe destacarse que la asistencia y puntualidad en la dependencia en la cual se brinda labores, puede ser esencial para el otorgamiento satisfactorio del servicio público que se brinda a la ciudadanía, especialmente en el caso de docentes (como en el caso de autos), pues el cumplimiento regular del dictado de clases incide directamente en la calidad de la educación que se brinda a los estudiantes. En dicho contexto, el conocimiento del registro de dicha asistencia y puntualidad, permite la vigilancia adecuada de que el servicio educativo se brinde en condiciones adecuadas de calidad.

Por otro lado, es preciso destacar que, con relación al registro de asistencia de un servidor público, el Tribunal Constitucional no ha tenido una línea jurisprudencial uniforme, pues en algunos casos ha determinado la confidencialidad de dicha información y en otros su publicidad.

Así, en el Fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04530-2016-PHD/TC el Tribunal Constitucional estableció la confidencialidad de dicha información, precisando que:

“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”.

No obstante ello, en la sentencia recaída en el Expediente N° 04852-2019-PHD/TC, el propio Tribunal Constitucional resolvió que la información referida a la asistencia de un funcionario público (sea que esté contenida en un reporte, tarjeta de marcación u otro documento), incluyendo la hora de ingreso y salida, así como las salidas y retornos al centro laboral constituye información pública, conforme a lo expresado en el Fundamento 11 de dicha resolución:

“En el caso de autos, el recurrente solicita que se le informe si el funcionario público, don Walter Italo Herrera Yparraquiere, procurador público de la citada comuna, desempeñó sus funciones regularmente en enero de 2017, y si registró su asistencia en dicho mes, así como sus salidas y retornos al centro laboral dentro de la jornada de trabajo. De ser positiva la respuesta, solicita que se le remita en formato pdf el reporte, la tarjeta de marcación u otro documento en el que se haya registrado el récord de asistencia diaria (hora de ingreso y hora de salida), así como las salidas y retornos al centro laboral dentro de la jornada de trabajo, correspondiente al referido período. Al respecto, este Tribunal entiende que dicha información está relacionada con acciones inherentes a la naturaleza de la Municipalidad Distrital de Florencia de Mora, en su rol de control de la asistencia de sus trabajadores, por lo que constituye información pública. Por otra parte, se advierte que la divulgación de la información requerida no vulnera las excepciones previstas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, caso en el cual podría justificarse una respuesta negativa” (subrayado agregado).

En dicho contexto, es preciso destacar, en primer lugar, que la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04530-2016-PHD/TC no constituye un precedente vinculante de obligatorio cumplimiento conforme a lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹³, en tanto no se estableció en dicha causa una regla de aplicación futura para casos iguales¹⁴.

En segundo lugar, tampoco nos encontramos en el caso de autos ante una doctrina jurisprudencial, bajo el tenor del artículo VI de dicho Código¹⁵, debido a que conforme se ha evidenciado, no tiene el colegiado constitucional un criterio interpretativo reiterado y uniforme en esta materia¹⁶, sino que más bien a la fecha cuenta con pronunciamientos contradictorios entre sí respecto al carácter público o confidencial del registro de asistencia de un servidor público.

Por lo demás, en cuanto al argumento expuesto en la sentencia recaída en el Expediente N° 04530-2016-PHD/TC de que la divulgación del registro de asistencia afecta la intimidad de los servidores públicos, *“pues constituye un dato acerca de cómo desarrolla su vida, la que pertenece a la esfera privada de las personas”*, es preciso destacar no solo que la asistencia a un centro laboral no revela aspectos íntimos de la persona ni de la familia, sino que, en el caso de un servidor público, como ya hemos visto, su permanencia en la entidad estatal a la cual brinda servicios tiene relevancia pública, en la medida que en dicho centro laboral desarrolla un trabajo en beneficio de un interés público y que es retribuido con recursos del Estado.

En dicha línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 29 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03485-2012-AA/TC, recogiendo lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, ha reconocido la legitimidad de difundir información sobre los funcionarios y servidores públicos, cuando la misma tiene alguna relevancia pública respecto de la idoneidad y el desempeño de dichos servidores y funcionarios:

“Es por ello que, algunos datos relativos a la vida privada de los funcionarios públicos o de aspirantes a serlo resultan relevantes en el ámbito público, y respecto de ellos puede quedar autorizado su conocimiento y difusión. La relación que aquí se establece entre la vida privada del funcionario o aspirante a serlo y el interés público viene dado por la capacidad que tienen ciertos aspectos de la vida privada de brindar datos sobre la idoneidad o capacidad moral de la persona para el desempeño de la función pública y, por ende, sobre su aptitud para generar o mantener la confianza necesaria que la ciudadanía debe tener en el funcionario público” (subrayado agregado).

Por último, en cuanto al argumento de que *“dicha información podría asemejarse a una práctica de reglaje”*, recogido en el Fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04530-2016-PHD/TC, es pertinente tener en

cuenta, en primer lugar, que el reglaje, como conducta que se encuentra tipificada como delito en el artículo 317-A del Código Penal, supone el seguimiento, vigilancia o acopio de información respecto de una persona, con el objeto de acometer contra ella otra conducta prohibida, como el homicidio, el robo o el secuestro. Al ser precisamente una acción que busca llevar a cabo otros hechos delictivos, la misma se ejecuta de manera sigilosa, oculta, pretendiendo no dejar rastro de dicho accionar, de modo que no se descubra o neutralice (o luego se penalice) el plan desarrollado para tal efecto¹⁷. En dicho contexto, la posibilidad de que el agente que lleva a cabo un reglaje (o un cómplice del mismo) utilice una solicitud de acceso a la información pública que queda registrada en la entidad, para acopiar información de su víctima resulta poco probable, siendo lo usual la vigilancia o el seguimiento personal de los movimientos, por lo que no se aprecia la existencia de un daño cierto, inminente o tangible sobre la seguridad personal que justifique la limitación del derecho de acceso a la información pública.

En tal sentido, conforme a los argumentos expuestos y estando a las normas y jurisprudencia citadas, esta instancia concluye que el registro de control de asistencia, respecto al ingreso y salida del personal de una entidad pública, tiene carácter público y corresponde su entrega al recurrente en el modo requerido por este.

Por último, respecto a la información sobre el estado de la cuenta detallada en la solicitud de acceso a la información pública, la misma también tiene carácter público, toda vez que se trata de una cuenta que maneja recursos públicos, por lo que no se aplica a la misma la excepción relativa al secreto bancario establecido en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia¹⁸.

Por lo antes mencionado, corresponde declarar fundado el recurso de apelación en este extremo y disponer que la entidad entregue al recurrente la información requerida en el modo solicitado.

En cuanto a la necesidad de establecer un precedente administrativo

Al respecto, esta instancia ha sostenido un criterio constante respecto a que la información sobre el registro de ingresos y salidas de los servidores y/o funcionarios públicos tiene naturaleza pública, habiéndolo considerado incluso en el Lineamiento 12 de la Resolución de Sala Plena N° 000001-2022-SP de fecha 16 de setiembre de 2022, que aprobó los Lineamientos Resolutivos del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, los mismos que constituyen criterios orientadores que puedan guiar el actuar de las entidades públicas respecto de la aplicación de la Ley de Transparencia; a pesar de lo cual, esta instancia observa que las entidades continúan denegando el acceso a la información relativa a los registros de asistencia del personal.

Sobre el particular, este Colegiado advierte la necesidad de otorgar carácter obligatorio a la interpretación jurídica del artículo 10 de la Ley de Transparencia, en el sentido de que cuando dicha norma alude a que constituye información pública toda información financiada con recursos públicos que sirve de sustento a una decisión administrativa, ello incluye el registro de asistencia de los funcionarios y servidores públicos, pues dicho registro no solo es financiado con recursos públicos, sino que contribuye a la fiscalización del uso adecuado de los mismos, y permite a la entidad determinar de forma adecuada el pago de la remuneración de dichos funcionarios y servidores (decisión administrativa de carácter laboral).

En dicha línea, la interpretación realizada en la presente resolución de dicha norma, permite generar predictibilidad jurídica en las entidades de la Administración Pública y en los ciudadanos, en concordancia con la facultad conferida en el numeral 4 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, que establece la facultad de esta instancia de: *“Establecer precedentes vinculantes cuando así lo señale expresamente en la resolución que expida, en cuyo caso debe disponer su*

publicación en el Diario Oficial El Peruano y en su portal institucional”.

De esta manera, se busca que las entidades en su obrar diario cuenten con un criterio uniforme de interpretación normativa que sea de observancia y aplicación obligatoria; y por otro lado, que los administrados conozcan con claridad dicho criterio y sus fundamentos jurídicos, coadyuvando de esta manera en la divulgación y educación sobre la normativa que regula a nivel nacional el derecho de acceso a la información pública. Asimismo, al otorgar certeza y uniformidad jurisprudencial en la aplicación de la Ley de Transparencia, este precedente administrativo tiene el objetivo de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos y proteger su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley ante las entidades públicas.

En ese sentido, se procede a establecer el siguiente criterio de interpretación con carácter de precedente administrativo de observancia obligatoria:

“El registro de control de asistencia de los funcionarios y servidores públicos, respecto al ingreso y salida del personal de una entidad pública, sea manual o digital, tiene carácter público”.

Finalmente, en virtud de lo previsto 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.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353:

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **ASUNCIÓN CHÁVEZ AGUILAR**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **INSTITUCIÓN EDUCATIVA N° 80040 DIVINO MAESTRO – LA ESPERANZA – TRUJILLO** que entregue al recurrente la información pública solicitada, tachando los datos personales de individualización y contacto obrantes en la documentación requerida, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **INSTITUCIÓN EDUCATIVA N° 80040 DIVINO MAESTRO – LA ESPERANZA – TRUJILLO** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de la presente resolución.

Artículo 3.- DECLARAR que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, constituye precedente administrativo de observancia obligatoria el siguiente criterio: *“El registro de control de asistencia de funcionarios y servidores públicos, respecto al ingreso y salida del personal de una entidad pública, sea manual o digital, tiene carácter público”.*

Artículo 4.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

Artículo 5.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **ASUNCIÓN CHÁVEZ AGUILAR** y a la **INSTITUCIÓN EDUCATIVA N° 80040 DIVINO MAESTRO – LA ESPERANZA – TRUJILLO** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

Artículo 6.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica referida en el párrafo precedente, la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, así como en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).

VANESSA ERIKA LUYO CRUZADO

Presidenta

Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

LUIS GUILLERMO AGURTO VILLEGAS

Vocal

Primera Sala

TATIANA AZUCENA VALVERDE ALVARADO

Vocal

Primera Sala

FELIPE JOHAN LEÓN FLORIÁN

Vocal Presidente

Segunda Sala

SILVIA VANESA VERA MUENTE

Vocal

Segunda Sala

VOTO SINGULAR DEL VOCAL ULISES ZAMORA BARBOZA

Con el debido respeto por mis colegas Vocales 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 del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS¹⁹, compartiendo el sentido de lo resuelto así como la necesidad de transparentar el adecuado cumplimiento de las obligaciones a cargo de los servidores públicos, discrepo de la decisión mayoritaria que con la mayor buena voluntad ha optado por otorgar la categoría de precedente administrativo vinculante a la resolución correspondiente al presente caso, conforme lo argumento a continuación:

Al respecto, considero que frente a una pluralidad de resoluciones del Tribunal Constitucional relacionadas con el registro de asistencia, en algunas de las cuales se ha pronunciado a favor de proteger dicha información mientras que en otras a establecer su carácter público, existe cuanto menos una duda razonable respecto de la posición del supremo intérprete constitucional sobre el sentido y alcance respecto a la naturaleza de dicha información.

Elo adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta la existencia de dos (2) sentencias aparentemente disímiles suscritas por los integrantes del mencionado Tribunal Constitucional en un período corto de tiempo (sentencia recaída en el Expediente 2481-2019-HD/TC de fecha 2 de febrero de 2021 que dispone la protección de la información relacionada con el registro de asistencia calificándola como de naturaleza confidencial; mientras que de otro lado, se emitió la sentencia recaída en el Expediente 04852-2019-PHD/TC de fecha 4 de junio de 2021 en la que se menciona que información aparentemente análoga es de carácter público).

Sobre el particular, es oportuno recordar brevemente el contenido de la sentencia recaída en el Expediente 2481-2019-HD/TC, en la cual se señaló lo siguiente:

“10. Respecto a la copia en formato CD de la data del reloj biométrico de asistencia del personal de enero de 2015 a noviembre de 2016, la cual requiere que sea descargada directamente del mismo reloj, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia recaída en el Expediente 04530-2016-PHD/TC, que los reportes de ingresos y salida de los trabajadores de su centro de labores corresponde a información perteneciente a su esfera privada. Por lo tanto, a efectos de no afectar el derecho constitucional a la intimidad del personal que labora en el puesto de salud que administra la emplazada, lo solicitado debe ser desestimado”.

En línea de lo antes precisado, es importante resaltar que la referida sentencia resalta dentro de sus Fundamentos 4 y 5 la naturaleza de la entidad a la que se ha solicitado la información sobre registro de asistencia, conforme el siguiente texto:

“4. De acuerdo con la Ley 29124, que establece la co-gestión y participación ciudadana para el primer nivel de atención en los establecimientos de salud del Ministerio de Salud y de las Regiones, la Comunidad Local de Administración de Salud (CLAS) es un órgano de

cogestión en salud constituido como asociación civil sin fines de lucro. La referida norma ha asignado a las CLAS la responsabilidad de administrar recursos humanos, financieros y bienes materiales para la ejecución del Plan de Salud Local, en el marco de la Política Nacional de Salud. Conforme al artículo 3 de la citada ley, las CLAS ejecutan sus labores, principalmente, con fondos públicos, los cuales tienen carácter de intangibles e intrasferibles para otros fines, sin perjuicio de otras fuentes de financiamiento.

5. De acuerdo con el artículo 13 de la citada ley, en los establecimientos con cogestión, labora personal del sector salud conservando su régimen laboral y pensionario. Asimismo, trabaja personal directamente contratado por el órgano de cogestión según el régimen laboral de la actividad privada, TUO del Decreto Legislativo N.º 728 y normas complementarias”.

(subrayado agregado)

Adicionalmente a ello, es oportuno tener en consideración que la antes citada sentencia recaída en el Expediente 2481-2019-HD/TC, hizo referencia directa a lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente 04530-2016-PHD/TC. A continuación se reproduce lo señalado por ésta última, que también declaró el carácter confidencial de la información sobre registro de asistencia, conforme el siguiente texto:

“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”.

Asimismo, cabe precisar que esta segunda sentencia se emitió contra SEDALIB S.A.; es decir, estamos frente a una empresa pública que se encuentra dentro del marco del alcance de la Ley de Transparencia; la cual, al desarrollar actividad empresarial, resulta razonable que tenga personal dentro del régimen de la actividad privada.

De otro lado, cabe señalar que el Tribunal Constitucional emitió la sentencia recaída en el Expediente 04852-2019-PHD/TC de fecha 4 de junio de 2021; esto es, poco más de cuatro (4) meses después de la sentencia recaída en el Expediente 2481-2019-HD/TC que declaró la confidencialidad de la información sobre registro de asistencia, en la que se menciona que información aparentemente análoga es de carácter público.

“En el caso de autos, el recurrente solicita que se le informe si el funcionario público, don Walter Ítalo Herrera Yparraquaire, procurador público de la citada comuna, desempeñó sus funciones regularmente en enero de 2017, y si registró su asistencia en dicho mes, así como sus salidas y retornos al centro laboral dentro de la jornada de trabajo. De ser positiva la respuesta, solicita que se le remita en formato pdf el reporte, la tarjeta de marcación u otro documento en el que se haya registrado el récord de asistencia diaria (hora de ingreso y hora de salida), así como las salidas y retornos al centro laboral dentro de la jornada de trabajo, correspondiente al referido período. Al respecto, este Tribunal entiende que dicha información está relacionada con acciones inherentes a la naturaleza de la Municipalidad Distrital de Florencia de Mora, en su rol de control de la asistencia de sus trabajadores, por lo que constituye información pública. Por otra parte, se advierte que la divulgación de la información requerida no vulnera las excepciones previstas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, caso en el cual podría justificarse una respuesta negativa”.

Cabe precisar que en este supuesto, en el que el Tribunal Constitucional determinó el carácter público de la información sobre el registro de asistencia, la entidad a la que se le solicitó la información es un gobierno local, correspondiendo a la Municipalidad de Florencia de Mora.

Siendo esto así, se puede afirmar que en los tres (3) casos anteriormente expuestos lo solicitado está vinculado

con el registro de asistencia, mientras que lo que varía evidentemente es la entidad a quien se lo solicita, así como eventualmente el tipo de relación jurídica que tiene con sus trabajadores; siendo esto así, cabría preguntarse si es que el Tribunal Constitucional ha valorado el vínculo jurídico que une a los referidos trabajadores con cada entidad, para efectos de la emisión de cada uno de sus pronunciamientos, los cuales en dos (2) casos han protegido la información y en el restante ordenado su entrega.

Ahora bien, dentro de ese contexto en el que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en unos casos tutela la información relacionada con el registro de asistencia considerándola como protegida, mientras que en otro declara su carácter público, cabría formularse algunas interrogantes como por ejemplo, si en el estado de las cosas ¿es adecuado que este colegiado emita un precedente administrativo susceptible de vincular a todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia?; asimismo, si siendo esta instancia una vía alternativa al hábeas data ¿existe la posibilidad de que en cumplimiento de un precedente sobre el tema, alguna entidad otorgue carácter público a la información sobre registro de asistencia, mientras que por otro lado, alguien que decida acudir a la vía de hábeas data, en algún caso pueda obtener como resultado que dicha información es de naturaleza confidencial?; asimismo, si desde la óptica de un servidor cuyo registro de asistencia se ha otorgado en cumplimiento de un precedente, ¿es posible que este pueda acudir en hábeas data para cuestionar dicha decisión y en algún caso pueda declararse que se vulneró su derecho a la intimidad?.

Asimismo, si frente a esta situación ¿existe algún mecanismo que pueda utilizar esta instancia para poder conocer a profundidad y con detalle pormenorizado, el sentido y el alcance de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, directamente de dicha fuente?. En esa línea de análisis, el suscrito cree conveniente que se deben activar los mecanismos interinstitucionales que favorezcan la colaboración de las entidades, supuesto que encuentra soporte legal en lo dispuesto en el numeral 87.1 del artículo 87 de la Ley N° 27444, el cual dispone que “Las relaciones entre las entidades se rigen por el criterio de colaboración, sin que ello importe renuncia a la competencia propia señalada por ley”; esto es, que dicha colaboración no se ejerce en desmedro del ejercicio de las competencias que legalmente han sido atribuidas a esta instancia, sino más bien, para que el ejercicio de dicha competencia sea fortalecido con mayores elementos de juicio para adoptar una decisión.

De igual modo, el numeral 87.2.2, del mencionado artículo 87 precisa que en atención a dicho criterio, las entidades deben: “Proporcionar directamente los datos e información que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o posición institucional, a través de cualquier medio, sin más limitación que la establecida por la Constitución o la ley, para lo cual se propenderá a la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información, u otros medios similares” (subrayado agregado).

De esa manera, un tribunal administrativo de cualquier naturaleza tiene la posibilidad de articular esta gestión entre entidades, de manera tal que utilizando las herramientas que el propio marco legal le ofrece, pueda obtener aquella información relevante que le permita adoptar una mejor decisión.

Siendo esto así, de manera previa a la emisión de un precedente que tiene como efecto directo vincular a todas las entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia, mi posición particular es que lo mínimamente indispensable es que nuestro colegiado active el mecanismo de la colaboración institucional solicitando directamente información al Tribunal Constitucional para efectos de conocer a mayor detalle el contenido y alcance de su jurisprudencia sobre la materia, los informes legales, documentos actuados en las sesiones efectuadas, entre otra documentación relevante que permita a esta instancia efectuar un análisis integral, pormenorizado y detallado respecto al tema en cuestión, que coadyuve a una adecuada deliberación.

Ello adquiere una mayor relevancia si se tiene en cuenta que, tal como se expuso anteriormente, existen sentencias

del Tribunal Constitucional en las que se ha señalado expresamente que dicha información se encuentra dentro del ámbito del alcance del derecho a la intimidad; y, por ende, ha declarado en algunos supuestos que su naturaleza es confidencial, no autorizando su entrega. En ese contexto, un precedente administrativo que se emita sin un análisis más documentado y en extenso, al vincular a las entidades de la Administración Pública a su cumplimiento podría tener la capacidad de vulnerar derechos que el propio supremo intérprete constitucional ha protegido, cuanto menos en algunas resoluciones.

De esta manera, considero que frente a la existencia de una aparente disparidad de criterios entre las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, corresponde no escatimar esfuerzos en efectuar un análisis pormenorizado, en el que se deba requerir información al propio Tribunal Constitucional respecto a la materia a regular, con la finalidad de que dicha entidad haya tenido la posibilidad de exponer documentadamente su análisis, en aras de una adecuada tutela de los derechos constitucionales que tanto a dicha entidad como a este Colegiado le interesan promover y cautelar.

En consecuencia, **MI VOTO** es que no corresponde emitir un precedente administrativo vinculante en el presente caso, sin que se haya aplicado el criterio de colaboración entre entidades para solicitar al Tribunal Constitucional la documentación correspondiente, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal
Presidente de la Primera Sala

¹ En adelante, Constitución.

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

⁴ En adelante, Ley N° 27444.

⁵ Conforme obra en la siguiente dirección electrónica, la entidad es un centro educativo de gestión pública directa a cargo del Ministerio de Educación: <https://identicole.minedu.gob.pe/colegio/05778660>.

⁶ En el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/minjuc/colecciones/2071-resolucion-precedentes-de-observancia-obligatoria>.

⁷ **“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial**

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

(...) 5. *La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado”.*

⁸ **“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”.

⁹ En adelante, Ley del Servicio Civil.

¹⁰ En adelante, Código de Ética de la Función Pública.

¹¹ Cierto es que en el caso de la información sobre los procedimientos administrativos sancionadores, la publicidad se alcanza, conforme al numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.

¹² Como puede verse en los siguientes enlaces electrónicos: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario2.pdf>, <https://www.exitosanoticias.pe/edic-impresa/municipio-habria-contratado-dos-trabajadores-fantasma-119278>, <https://andina.pe/agencia/noticia-trabajadores-fantasmas-generan-perdidas-casi-s-1-millon-santa-anita-747422.aspx>, <https://elcomercio.pe/signwall/?outputType=signwall&signwallHard=1>, <https://www.youtube.com/watch?v=cWAFKctwN14>.

<https://www.infobae.com/peru/2023/08/14/escandalo-en-el-mtc-contra-trabajador-fantasma-por-mas-de-50-mil-soles-pero-el-radica-en-el-extranjero/>. Visita realizada el 13 de diciembre de 2023.

¹³ “Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

¹⁴ Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Fundamento S/N de la sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC señaló que “(...) 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”.

¹⁵ “Artículo VI. - Control Difuso e Interpretación Constitucional

(...) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

¹⁶ Al respecto, el profesor César Landa determinó que “(...) en la doctrina jurisprudencial se requiere una pluralidad de sentencias orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento”. Ver LANDA, César: “Los precedentes vinculantes: el caso del Perú”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, 2010, p. 209. Asimismo, Úrsula Indacochea explicó que “(...) la expresión ‘doctrina jurisprudencial’ no podría utilizarse para hacer referencia a una única sentencia constitucional, sino a una pluralidad de ellas, de las que se pueda desprender -por reiteración- determinada interpretación común de los preceptos y principios constitucionales”. Ver INDACOCHEA, Úrsula: “La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del derecho”, en *Themis Revista de Derecho*, No. 67, 2015, p. 317.

¹⁷ Al respecto, es preciso destacar la definición del delito de reglaje esbozado por el profesor Alonso Peña Cabrera (“Una nueva manifestación tipológica del derecho penal del enemigo: el delito de reglaje en el Perú”, en *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de dos mundos*, Idemsa, Lima, 2013, pp. 565-566), conforme al cual “el ‘reglaje’ es el seguimiento continuo y permanente que efectúan ciertos agentes delictuales, sobre personas y cosas, con la finalidad de acopiar información y/o datos relevantes, que les permita ejecutar su plan criminal con toda garantía en su ejecución; sea para identificar trayectos de desplazamiento de la víctima, con el objetivo de secuestrarla o de conocer de retiros dinerarios en bancos y otras instituciones financieras, con el afán de apoderarse del objeto material del delito” (subrayado agregado). En dicha línea, el profesor Aldo Figueroa (“El delito de reglaje y marcaje ¿expresión de un derecho penal de riesgo?”, en *Imputación y Sistema Penal - Libro Homenaje a César Augusto Paredes Vargas*; ARA; Lima 2012) ha expresado que “a partir del uso policial o del lenguaje de la prensa, refiriéndose a los ‘marcas’, el intérprete debe considerar que el marcaje es “la acción de acopiar información o de vigilar los movimientos de alguien”, lo que es igual a “la acción de seguir a una persona sin que ésta se dé cuenta” (subrayado agregado)”.

¹⁸ El mismo parecer ha sido adoptado por la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, a través de la Opinión Consultiva N° 23-2019-JUS/DGTAIPD en el punto 16 de su análisis, que señala “En virtud de ello, esta Dirección General considera que la información referente a las cuentas bancarias de las entidades públicas es de acceso a la ciudadanía debido a la naturaleza pública de sus fondos. En ese sentido, es información que no se encuentra protegida por el secreto bancario señalado en el artículo 17 numeral 2 del TUO de la LTAIP. Cabe mencionar que se podrá tener acceso en tanto no contenga información que se encuentre dentro del marco de las demás excepciones señaladas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la LTAIP” (subrayado agregado).

¹⁹ “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.”