



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 001965-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01732-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **SINDICATO NACIONAL CENTRO UNION DE
TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD -
SINACUT EsSalud**
Entidad : **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD
EMPRESARIAL DEL ESTADO - FONAFE**
Sumilla : Declara infundado recurso de apelación

Miraflores, 27 de setiembre de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 01732-2021-JUS/TTAIP de fecha 26 de agosto de 2021, interpuesto por **SINDICATO NACIONAL CENTRO UNION DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - SINACUT EsSalud** contra el correo electrónico de fecha 13 de agosto de 2021, mediante la cual el **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO - FONAFE** denegó su solicitud de acceso a la información pública de fecha 30 de julio de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Mediante solicitud de fecha 30 de julio de 2021 el Sindicato recurrente solicitó a la entidad que se le remita por correo electrónico lo siguiente:

"En tanto que, acorde con los Lineamientos de Gestión Operativa y Presupuestal y la Directiva Corporativa de Gestión Empresarial de FONAFE se requiere atender las etapas de formulación y aprobación presupuestal respecto del "Presupuestos Analíticos de Personal" (Formato 9 P: Presupuesto Analítico de Personal), solicito:

- 1. Copia de documentos emitidos por FONAFE que aprueban los "Presupuestos Analíticos de Persona (PAP) de EsSalud" desde el año 2018 al 2021.*
- 2. Copia de los documentos anexos sobre los cuales recae la aprobación de FONAFE a que se contrae el numeral que precede."*

Que, mediante correo electrónico de fecha 13 de agosto de 2021, se informó al Sindicato recurrente lo siguiente: "(...) se le informa que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10° del TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 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 otro lado, el artículo 13° de la misma norma, señala

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 ni que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean. No obstante, el Área de Recursos Humanos Corporativo pone en conocimiento de su persona, la siguiente información: “Con relación al nivel de aprobación de acuerdo a lo establecido en los Lineamientos de Gestión Operativa y Presupuestal, y con relación al nivel de aprobación del presupuesto de ESSALUD, FONAFE únicamente aprueba el Presupuesto Agregado, es decir a nivel de grandes rubros contables. Es así que, corresponde al Consejo Directivo de ESSALUD la aprobación del presupuesto a nivel desagregado – Presupuesto Analítico de Personal - PAP. Cabe señalar además que, toda vez que dicho presupuesto es aprobado por ESSALUD, dicha entidad solo remite a FONAFE dicha documentación para conocimiento. Bajo lo indicado, FONAFE no cuenta con documentos emitidos relacionados a Presupuestos Analíticos de Personal (PAP) de EsSalud desde el año 2018 al 2021. Sólo se cuenta con lo remitido por la Entidad en dichas fechas”.



Con fecha 26 de agosto de 2021, el sindicato recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, señalando principalmente que: “(...) En respuesta de fecha 13/Ago/2021, no se invoca la “excepción” o excepciones que impiden brindar lo solicitado, se remite a presuntas declaraciones del “Área de Recursos Humanos Corporativo” (incompetente para intervenir) sin contener la menor trascendencia para el caso concreto (las competencias de aprobación del “presupuesto” son las establecidas por el Lineamiento Corporativo aplicable), buscando formular una falsa justificación al parafrasear el contenido de la norma prevista en el Art. 10 y, de modo parcial, el Tercer Párrafo del Art. 13° de la LTAIP, con lo cual pretende simular la INEXISTENCIA de los datos requeridos en SAIP, en su propósito de justificar que el FONAFE no cuenta con ello, ni tiene la obligación crearla u obtenerla ni evaluarla, en abierta oposición a lo señalado por el TC: “(...) lo que sí es necesario para que proceda la entrega de información, es que la realice el que efectivamente tenga o deba tener tales datos, tal como el propio artículo 61° inciso 1) del Código Procesal Constitucional (...).Es decir, que el emplazado por el afectado deba haber generado, producido, procesado o poseído tal información. Incluso, tal como este Colegiado lo ha señalado en la sentencia del Expediente N° 7440-2005-PHD/TC, como parte de los fundamentos 8 al 10, si bien la entidad demandada puede no haber tenido la información solicitada, está obligada a entregarla al ciudadano siempre y cuando ella haya debido tenerla o detenerla.”[Cfr. Exp. No 9474-2006-PHD/TC] (...).”



Mediante la Resolución 001855-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹ 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.



Con escrito de fecha 22 de setiembre del presente año la entidad remite sus descargos señalando que (...) FONAFE no aprueba el PAP de las empresas y entidad bajo su ámbito, ni emite documento alguno referente a la aprobación del PAP de EsSalud. De conformidad con el literal c) “Aprobación Presupuestal” del numeral 6.2.1. “Proceso Presupuestal” de la Directiva Corporativa de Gestión Empresarial, que rige a FONAFE y a sus Empresas (incluida Essalud, en lo que resulte aplicable), los presupuestos de las Empresas a nivel consolidado –y de ESSALUD– son aprobados por el Directorio de FONAFE dentro de un plazo que no excede del 15 de diciembre del año anterior. Así también, el literal precitado establece que los

¹ Resolución de fecha 13 de setiembre de 2021, notificada a la entidad el 15 de setiembre de 2021.

presupuestos de las Empresas son aprobados a nivel desagregado por los Directorios u Órganos equivalentes de las empresas, dentro de un plazo que no exceda del 31 de diciembre del año al que corresponda. A modo de conocimiento, y en concordancia con lo anteriormente mencionado, debemos señalar que mediante el Oficio N° 060-2020/GPC-FONAFE (...), se remitió a la Gerencia General de EsSalud, la información referente al presupuesto consolidado de dicha entidad para el año 2021, el mismo que había sido aprobado mediante el Acuerdo de Directorio N° 003-2020/009-FONAFE. El Oficio precitado señala también que la aprobación del Presupuesto Desagregado (el mismo que incluye el PAP), deberá tener en consideración los lineamientos que señale su Consejo Directivo y de lo establecido en la “Directiva Corporativa de Gestión Empresarial de FONAFE”. En concordancia con la respuesta remitida al Sindicato, mediante correo electrónico del 13 de agosto de 2021, el Consejo Directivo de ESSALUD aprobó el Presupuesto Desagregado para el año 2021 mediante el Acuerdo N° 10-6E-ESSALUD-2020, de fecha 30 de diciembre del año 2020, con lo cual se demuestra lo señalado anteriormente en cuanto a que FONAFE solo aprueba el presupuesto consolidado de dicha entidad. En ese sentido, el tercer párrafo del artículo 13° de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 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. (...) Así también, señala que la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada. En ese sentido, la Entidad de la Administración Pública no está obligada a entregar información inexistente por obvias razones que el Sindicato debería comprender y entender en su plenitud. Ahora bien, el precitado artículo 13 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece que, en caso la denegatoria se dé por motivos de inexistencia de información solicitada, ésta debe ser comunicada, mas no señala que se deba realizar algún análisis extra como lo señala el Sindicato o como ocurriría si la denegatoria hubiera operado en función a los artículos 15°, 16° y 17° (información secreta, reservada y confidencial) en los que se establece la emisión de un informe correspondiente que sustente la denegatoria. Al respecto, la respuesta brindada al Sindicato mediante el correo electrónico del 13 de agosto de 2021 fue clara y concisa (...) que FONAFE no emite documento alguno para la aprobación de Presupuestos Analíticos de Personal de EsSalud, toda vez que dicha facultad le corresponde al Consejo Directivo de EsSalud. (...) En conclusión, y tal como se mencionó en el correo electrónico de respuesta al Sindicato, la denegatoria del acceso a la información recae en la inexistencia de la información solicitada, no correspondiendo motivación respecto a dicha denegación, como sí lo merecería una denegatoria basada en las excepciones establecidas en los artículos 15°, 16° y 17° (información secreta, reservada y confidencial). En ese sentido, el recurso de apelación interpuesto por el Sindicato resulta infundado (...).

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.

Por su parte, el artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo

N° 021-2019-JUS², establece que por el principio de publicidad 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 de dicho principio.

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

Por su parte en el segundo párrafo del literal b) del artículo 11° de la Ley de Transparencia establece que *“(...) En el supuesto que la entidad de la Administración Pública no esté obligada a poseer la información solicitada y de conocer su ubicación o destino, debe reencausar la solicitud hacia la entidad obligada o hacia la que la posea, y poner en conocimiento de dicha circunstancia al solicitante”*.

De otro lado, el artículo 13° de la Ley de Transparencia, refiere que la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, por lo que en este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si corresponde la entrega, por parte de la entidad de la información solicitada.

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:

“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.

² En adelante, Ley de Transparencia.

En esa línea, en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“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 confirmarse su inconstitucionalidad; y, consecuentemente, la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado”. (subrayado agregado).

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

En el caso de autos, se advierte que el sindicato recurrente conforme a los Lineamientos de Gestión Operativa y Presupuestal y la Directiva Corporativa de Gestión Empresarial de FONAFE solicitó copia de documentos emitidos por FONAFE que aprueban los "Presupuestos Analíticos de Personal (PAP) de EsSalud" desde el año 2018 al 2021 y copia de los documentos anexos sobre los cuales recae la aprobación de FONAFE del PAP de Essalud.



Respecto a ello, la entidad en su respuesta al sindicato recurrente, y luego ampliando sus argumentos en su descargo ante esta instancia señala que, no emite documento alguno referente a la aprobación de los Presupuestos Analíticos de Personal (PAP) de las Entidades y/o Empresas bajo su ámbito y es el Consejo Directivo de ESSALUD quien aprobó el Presupuesto Desagregado para el año 2021 mediante el Acuerdo N° 10-6E-ESSALUD-2020, de fecha 30 de diciembre del año, en este sentido refiere que con el literal c) “Aprobación Presupuestal” del numeral 6.2.1. “Proceso Presupuestal” de la Directiva Corporativa de Gestión Empresarial, que rige a FONAFE y a sus Empresas (incluida Essalud, en lo que resulte aplicable), los presupuestos de las Empresas a nivel consolidado –y de ESSALUD– son aprobados por el Directorio de FONAFE dentro de un plazo que no excede del 15 de diciembre del año anterior; no obstante señala que mediante el Oficio N° 060-2020/GPC-FONAFE “(...), se remitió a la Gerencia General de EsSalud, la información referente al presupuesto consolidado de dicha entidad para el año 2021, el mismo que había sido aprobado mediante el Acuerdo de Directorio N° 003-2020/009-FONAFE. El Oficio precitado señala también que la aprobación del Presupuesto Desagregado (el mismo que incluye el PAP), deberá tener en consideración los lineamientos que señale su Consejo Directivo y de lo establecido en la “Directiva Corporativa de Gestión Empresarial de FONAFE”, luego invoca el artículo 13 de la Ley de Transparencia.

Al respecto se debe mencionar que el Lineamiento Corporativo: “Gestión operativa y presupuestal” de FONAFE en su numeral 2.3.2 denominado “Aprobación Presupuestal” establece que: “La aprobación presupuestal, se realiza considerando lo establecido en el numeral 6.2.1 inciso c. de la Directiva

Corporativa de Gestión Empresarial y los siguientes aspectos: a. El Presupuesto de las empresas a nivel consolidado es publicado por la Gerencia Corporativa de Planeamiento y Excelencia Operacional de FONAFE en el portal de FONAFE y en el Diario Oficial El Peruano. (...)

Asimismo, el mencionado el numeral 6.2.1 inciso c. de la Directiva Corporativa de Gestión Empresarial de FONAFE señala que la: *"Aprobación presupuestal: Es la etapa del proceso presupuestal en la que se aprueban los presupuestos a nivel consolidado por el Directorio de FONAFE, son ratificados por las Juntas Generales de Accionistas, de corresponder, y por los Directorios u órganos equivalentes de las Empresas bajo el ámbito de FONAFE a nivel desagregado (...)"*.

En ese sentido, se advierte que FONAFE conforme al mencionado Lineamiento y Directiva citados precedentemente no emite documentos que aprueban los *"Presupuestos Analíticos de Personal (PAP) de EsSalud"*, sino que aprueba el presupuesto a nivel consolidado, tal como se aprecia del Oficio N° 060-2020/GPC-FONAFE por el cual aprobó el presupuesto 2021 de Essalud; por lo que en virtud de lo previsto por el artículo 13 de la Ley de Transparencia, la entidad no se encuentra obligada a proporcionar información con la que no cuenta o no tenga obligación de contar, correspondiendo desestimar el recurso impugnatorio presentado por el sindicato recurrente.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° y 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 INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **SINDICATO NACIONAL CENTRO UNION DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - SINACUT EsSalud** contra el correo electrónico de fecha 13 de agosto de 2021, mediante el cual el **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO - FONAFE** denegó su solicitud de acceso a la información pública de fecha 30 de julio de 2021.

Artículo 2.- 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 3.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al **SINDICATO NACIONAL CENTRO UNION DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - SINACUT ESSALUD** y al **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO - FONAFE**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la norma señalada en el artículo precedente.

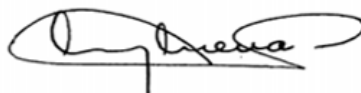
Artículo 4.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: pcp/cmn