



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 002384-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02242-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **SINDICATO NACIONAL CENTRO UNIÓN DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - SINACUT ESSALUD**
Entidad : **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO (FONAFE)**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 16 de noviembre de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 02242-2021-JUS/TTAIP de fecha 25 de octubre de 2021, interpuesto por el **SINDICATO NACIONAL CENTRO UNIÓN DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - SINACUT ESSALUD**¹ representado por el señor Octavio Rojas Caballero en su condición de Secretario General Adjunto, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO (FONAFE)**² el 15 de setiembre de 2021, generándose el Código de Trámite N° 105823-2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 15 de setiembre de 2021, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico la siguiente información:

“(…)

- 1. Copia simple del Acuerdo de Directorio N° 005-2015/016-FONAFE del 11/Dic/2015 que aprueba la recategorización de plazas del Nivel T4 a Nivel T3 del “Cuadro de Asignación de Personal (CAP)” de EsSalud el año 2015.*
- 2. Copia simple de los ANEXOS que forman parte integrante del precitado Acuerdo, en los cuales incide tal aprobación.*
- 3. Copia simple de todos los documentos presentados por EsSalud destinados a sustentar y obtener la indicada aprobación, así como el documento más sus anexos emitidos por FONAFE a efectos poner al conocimiento de la Entidad el citado Acuerdo”.*

El 25 de octubre de 2021, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo por parte de la entidad, el recurrente interpuso

¹ En adelante, el recurrente.

² En adelante, la entidad.

ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis; asimismo, solicitó, se disponga lo conveniente para que sea FONAFE quien haga efectiva la responsabilidad del "emisor" ante la omisión de entregar la información requerida, en atención al artículo 4 y 14 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, concordante con el artículo 35 de su Reglamento.

Mediante la Resolución N° 002248-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA³ 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.

El 11 de noviembre de 2021, la entidad remite a esta instancia los actuados que se generaron para la atención de la solicitud; asimismo, elevó sus descargos, proporcionando los siguientes argumentos:

“(…)

1. El 14 de septiembre de 2021, el Sindicato ingresó una solicitud de acceso a la información a través de la Mesa de Partes Virtual de FONAFE (<https://sied.fonafe.gob.pe/mesapartesvirtual/public/bienvenida>), asignándosele el número de Trámite STD N° 183453 (Trámite SIED N° 105823), mediante la cual requirió expresamente lo siguiente:

Solicitante:	SINDICATO NACIONAL CENTRO UNIÓN DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD (SINACUT EsSalud) / OCTAVIO ROJAS CABELLERO
INFORMACIÓN SOLICITADA	<p>Que, de acuerdo con el TERCER PARRAFO del Art. 13° de la Ley 27806 “<i>la solicitud de información no implica la obligación de las entidades (...) de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido</i>”; por lo que al respecto cabe una interpretación contraria sensu, de lo cual se colige que la Entidad tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella se encuentra obligada a contar;</p> <p>SOLICITO:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Copia simple del Acuerdo de Directorio N° 005-2015/016-FONAFE del 11/Dic/2015 que aprueba la recategorización de plazas del Nivel T4 a Nivel T3 del “Cuadro de Asignación de Personal (CAP)” de EsSalud el año 2015. 2. Copia Simple de los ANEXOS que forman parte integrante del precitado Acuerdo, en los cuales incide tal aprobación. 3. Copia Simple de todos los documentos presentado por EsSalud destinados a sustentar y obtener la indicada aprobación, así como el documento más sus Anexos emitidos por FONAFE a efectos de poner conocimiento de la Entidad el citado Acuerdo.

Cabe resaltar que, según lo informado por el Área de Gestión Documental, todos los documentos que son ingresados a través de Mesa de Partes Virtual ingresan

³ Resolución de fecha 29 de octubre de 2021, la cual fue notificada a través de la Plataforma de Interoperabilidad del Estado (PIDE), con Oficio N° 001049-2021-JUS/TTAIP, el 5 de noviembre de 2021 a las 07:12 horas, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444.

directamente al Sistema de Intercambio Electrónico de Documentos (SIED) y en ese momento se le asigna un número correlativo SIED que, en el presente caso, fue el número 105823, el mismo que se le informó al Sindicato a través de un correo electrónico.

Luego de completado el proceso de recepción en el SIED, se deriva al Sistema de Trámite Documentario (STD) y se genera un código STD (distinto al del SIED, dado que cada sistema tiene correlativos diferentes) que, en el presente caso, fue el número 183453, el mismo que se señaló en el correo de respuesta a la solicitud del Sindicato.

2. El 16 de septiembre de 2021 (12:05 pm), se remitió la solicitud asignada con Trámite STD N° 183453 al Área Poseedora de la Información (Área de Gestión Humana Corporativa), a fin de que atienda la solicitud formulada por el Sindicato.
3. El 24 de septiembre de 2021 (06:08 pm), el Área Poseedora de la Información (Área de Gestión Humana Corporativa), remitió su respuesta a fin de que ésta sea trasladada al Sindicato.
4. Ahora bien, dentro del plazo establecido en las normas de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el 28 de septiembre de 2021, FONAFE dio respuesta a la solicitud contenida en el Trámite STD N° 183453, conforme al siguiente detalle:

transparencia

De: transparencia
Enviado el: martes, 28 de setiembre de 2021 10:10 a. m.
Para: [REDACTED]
Asunto: SOLICITUD DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA - TRÁMITE 183453
Datos adjuntos: SOLICITUD DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA - TRAMITE 183453.pdf; 005-2015_016-FONAFE_CAP_ESSALUD_2015.pdf

Estimado Sr. Octavio Rojas Caballero:

Es grato dirigirme a usted, dentro del plazo legal y en relación a su solicitud de información presentada con Trámite 183453, conforme al siguiente detalle:

INFORMACIÓN SOLICITADA	<p>Que, de acuerdo con el TERCER PARRAFO del Art. 13° de la Ley 27806 "la solicitud de información no implica la obligación de las entidades (...) 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 al respecto cabe una interpretación contrario sensu, de lo cual se colige que la Entidad tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella se encuentra obligada a contar;</p> <p>SOLICITO:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Copia simple del Acuerdo de Directorio N° 005-2015/016-FONAFE del 11/Dic/2015 que aprueba la recategorización de plazas del Nivel T4 a Nivel T3 del "Cuadro de Asignación de Personal (CAP)" de EsSalud el año 2015.2. Copia Simple de los ANEXOS que forman parte integrante del precitado Acuerdo, en los cuales incide tal aprobación.3. Copia Simple de todos los documentos presentado por EsSalud destinados a sustentar y obtener la indicada aprobación, así como el documento más sus Anexos emitidos por FONAFE a efectos de poner conocimiento de la Entidad el citado Acuerdo.
-------------------------------	--

Al respecto, 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.

En ese sentido, el Área Poseedora de la Información, pone a su disposición la siguiente información, conforme al siguiente detalle:

1. Copia simple del Acuerdo de Directorio N° 005-2015/016-FONAFE del 11/Dic/2015 que aprueba la recategorización de plazas del Nivel T4 a Nivel T3 del "Cuadro de Asignación de Personal (CAP)" de EsSalud el año 2015. (Se adjunta Acuerdo de Directorio)
2. Copia Simple de los ANEXOS que forman parte integrante del precitado Acuerdo, en los cuales incide tal aprobación. (Dicho Acuerdo de Directorio no precisa Anexos)
3. Copia Simple de todos los documentos presentado por EsSalud destinados a sustentar y obtener la indicada aprobación, así como el documento más sus Anexos emitidos por FONAFE a efectos de poner conocimiento de la Entidad el citado Acuerdo. (De las excepciones revisadas consideramos que la información remitida por la Entidad que sustentan la modificación de su CAP contiene información de procesos judiciales en curso, que su divulgación podrían generar mayor impacto a nivel de gasto en la entidad. Bajo lo indicado, etaria enmarcado en el NUMERAL 4 DEL ARTICULO 17 DEL TUO DE LA LEY 27806: La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado.)

Por otro lado, en caso no requiera información en particular, puede usted formular una consulta para la obtención de información sobre FONAFE a través del siguiente

canal: <https://www.fonafe.gob.pe/atencionalciudadano/consultaenlinea> .

Sin otro en particular, favor de dar acuse de recibido.

Saludos cordiales,

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA



CORPORACIÓN
FONAFE



Av. Paseo de la República 3121, San Isidro, Lima 27, Perú



Tel: 4404222



transparencia@fonafe.gob.pe



www.fonafe.gob.pe

5. *En ese sentido, como se puede apreciar, FONAFE cumplió con atender el requerimiento del solicitante **dentro del plazo establecido en la normativa de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en los términos solicitados por éste y respetando las disposiciones de dichas normas.***

El presente escrito de descargos tiene como finalidad sustentar y acreditar que FONAFE ha actuado respetando el derecho de acceso a la información que tienen todas las personas naturales y jurídicas, tal como lo hemos venido haciendo hasta la actualidad, de manera oportuna, en aras de la Transparencia que nos caracteriza.

En efecto, FONAFE es una entidad seria y respetuosa de las normas y basa su accionar con respeto de la ley, la verdad y el respeto a los ciudadanos. FONAFE tiene arraigado institucionalmente los valores de integridad y excelencia en el servicio, a través de los cuales actuamos basados en principios éticos y buscamos la excelencia en la gestión de nuestros procesos y en el servicio que brindamos, no solo a las empresas de la Corporación, sino también a todos los ciudadanos y personas jurídicas, todo ello con el objetivo de agregar valor y superar las metas que nos trazamos en beneficio del país.

En primer lugar, el argumento central del escrito de apelación del Sindicato es que FONAFE no habría brindado respuesta alguna dentro del plazo estipulado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública a su solicitud, operando a entender de ellos el "silencio administrativo negativo".

Lo manifestado por el Sindicato es totalmente falso, puesto que dentro del plazo legal que contempla la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se le envió la respuesta a su solicitud (...)"

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

A su vez, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS⁴, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10 del mismo texto señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Asimismo, precisa el referido artículo que, para los efectos de dicho cuerpo legal, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

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

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información requerida por el recurrente se encuentra dentro de los alcances de la Ley de Transparencia y, en consecuencia, corresponde su entrega.

2.2 Evaluación

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

“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”.

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

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

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

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

Sobre el particular cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que “De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.” (Subrayado agregado)

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

“Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, 4 la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.” (Subrayado agregado)

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

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

“(...)

1. *Copia simple del Acuerdo de Directorio N° 005-2015/016-FONAFE del 11/Dic/2015 que aprueba la recategorización de plazas del Nivel T4 a Nivel T3 del “Cuadro de Asignación de Personal (CAP)” de EsSalud el año 2015.*
2. *Copia simple de los ANEXOS que forman parte integrante del precitado Acuerdo, en los cuales incide tal aprobación.*
3. *Copia simple de todos los documentos presentados por EsSalud destinados a sustentar y obtener la indicada aprobación, así como el documento más sus anexos emitidos por FONAFE a efectos poner al conocimiento de la Entidad el citado Acuerdo”.*

Por ello, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo por parte de la entidad, el recurrente, interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis; asimismo, solicitó, se disponga lo conveniente para que sea FONAFE quien haga efectiva la responsabilidad del "emisor" ante la omisión de entregar la información requerida.

En ese sentido, la entidad con fecha 11 de noviembre de 2021, remite a esta instancia los actuados que se generaron para la atención de la solicitud; asimismo, elevó sus descargos, indicando que lo señalado por el recurrente es falso ya que a través del correo electrónico de fecha 28 de setiembre de 2021, dirigido a la dirección electrónica señalada en la solicitud del recurrente (██████████) se atendió la petición presenta por el interesado, a través del cual se le indicó que con relación a los ítems 1 al 3 de la solicitud lo siguiente:

1. Respecto al ítem 1: *“Se adjunta Acuerdo de Directorio”.*
2. Respecto al ítem 2: *“Dicho Acuerdo de Directorio no precisa Anexos”.*
3. Respecto al ítem 3: *“De las excepciones revisadas consideramos que la información remitida por la Entidad que sustentan la modificación de su CAP contiene información de procesos judiciales en curso, que su divulgación podrían generar mayor impacto a nivel de gasto en la entidad. Bajo lo indicado, estaría enmarcado en el NUMERAL 4 DEL ARTICULO 17 DEL TUO DE LA LEY 27806: La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado”.*

• **Respecto a la atención de la solicitud de acceso a la información pública en cuanto al ítem 1:**

En cuanto a este punto, se debe tener presente que, respecto a las comunicaciones cursadas vía correo electrónico, el numeral 20.4 del artículo 20 de Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁵, establece que:

“(...)

- 20.4. *El administrado interesado o afectado por el acto que hubiera consignado en su escrito alguna dirección electrónica que conste*

⁵ En adelante, Ley N° 27444.

en el expediente puede ser notificado a través de ese medio siempre que haya dado su autorización expresa para ello. Para este caso no es de aplicación el orden de prelación dispuesto en el numeral 20.1.

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 (...) (subrayado agregado).

Siendo ello así, se advierte de autos el correo electrónico remitido al recurrente el 28 de setiembre de 2021, mediante el cual la entidad señala haber dado respuesta a la referida solicitud; sin embargo, no consta en los actuados la confirmación de recepción de dicho mensaje electrónico por parte del recurrente, o una respuesta automática emitida por un sistema informatizado o el servidor del correo electrónico institucional de confirmación de envío, conforme lo exige el numeral 20.4 artículo 20 de la Ley N° 27444, por lo que este colegiado no puede tener por bien notificado al recurrente la información requerida al no existir evidencia indubitable de su entrega.

En consecuencia, al no haberse acreditado la entrega conforme a la normativa antes citada, corresponde estimar el recurso de apelación formulado por el recurrente y ordenar a la entidad acreditar ante esta instancia, la atención de la solicitud conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes, con el objeto de garantizar su derecho de acceso a la información pública.

- **Con relación al requerimiento contenido en el ítem 2 de la solicitud:**

De lo expuesto, se advierte que, en cuanto al ítem 2 de la solicitud, la entidad ha elaborado una respuesta; sin embargo, no se ha dejado en claro de manera categórica su existencia o no.

En cuanto a ello, es importante tener en consideración que el derecho de acceso a la información pública no sólo implica el deber del Estado de publicitar sus actos promoviendo una cultura de transparencia conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley de Transparencia, sino que también genera la obligación de otorgar al solicitante información clara, precisa, oportuna, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01797-2002-HD/TC, en el cual dicho Colegiado señaló lo siguiente:

“(…)

16. (...) el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando

se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que, si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa".
(Subrayado agregado)

Ahora bien, cabe señalar que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de brindar una respuesta clara y precisa a las solicitudes de acceso a la información pública, situación que debe relacionarse con la congruencia entre la solicitud frente a la claridad y precisión de la respuesta, de manera tal que permita entender la adecuada provisión de la información requerida.

Adicionalmente a ello, se advierte que la respuesta otorgada no determina claramente la existencia o posesión de la documentación requerida los anexos que forman parte integrante del Acuerdo de Directorio N° 005-2015/016-FONAFE, ya que simplemente se ha señalado que *"Dicho Acuerdo de Directorio no precisa Anexos"*; en tal sentido, la entidad deberá proporcionar al recurrente información certera, completa, no fragmentaria o confusa, indicando de manera expresa sobre la existencia o no de la misma, así como precisando si esta se encuentra completa.

En consecuencia, corresponde estimar este extremo del recurso de apelación relacionado al ítem 2 de la solicitud y ordenar a la entidad que proporcione al recurrente una respuesta clara y precisa, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

- **Con relación al requerimiento contenido en el ítem 3 de la solicitud:**

Sobre el particular, en cuanto al ítems 3 de la solicitud, la entidad denegó la misma alegando que los mismos se encontraban inmersos dentro de la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Al respecto, en lo concerniente a la excepción prevista en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, vale mencionar que dicho precepto establece textualmente que constituye una excepción al derecho de acceso a la información pública, *"La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso"*.

Conforme se advierte del citado texto, la referida excepción exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. La existencia de cierta información que ha sido creada o se encuentra en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis, recomendaciones, entre otros.
2. Que la información haya sido elaborada u obtenida por los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;

3. Que la información corresponde a una estrategia de defensa de la entidad; y,
4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

Ahora bien, conforme al Principio de Publicidad, toda la información contenida en documentos elaborados, obtenidos o en poder de la Administración Pública se considera pública, por lo que la denegatoria del derecho de acceso a dicha información sólo puede sustentarse en las causales de excepción previstas en la ley. En dicha línea, tal como lo dispone el artículo 18 de la Ley de Transparencia, al constituir las excepciones previstas en la ley una limitación a un derecho fundamental, su interpretación debe realizarse de manera restrictiva.

En tal sentido, este colegiado entiende que para la configuración del referido supuesto de excepción la norma exige la concurrencia simultánea de los citados requisitos, siendo evidente que la información en cuestión debe estar contenida en un documento que ha sido creado o se encuentre en posesión de la entidad.

Asimismo, dicha información no debe haber sido elaborada u obtenida por cualquier funcionario de la Administración Pública, sino que la norma exige que esta haya sido creada u obtenida específicamente por un asesor jurídico o un abogado de la entidad; es decir, requiere de una cualidad especial de quien haya elaborado u obtenido la información que es materia del requerimiento.

En esa línea, no basta lo antes mencionado para considerar que dicha información deba ser calificada como confidencial, puesto que la excepción no se configura sobre cualquier tipo de información, sino que ésta debe necesariamente corresponder a una estrategia de defensa de la entidad; es decir, el documento requerido debe ser susceptible de revelar la aludida estrategia de defensa.

Adicionalmente a ello, no basta que exista la referida información, obtenida por asesores jurídicos o abogados de la entidad y que corresponda a una estrategia de defensa, sino que la ley exige la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, en el cual se pueda desplegar, aplicar y desarrollar dicha estrategia. Ello es así toda vez que la parte final de la referida norma señala expresamente que la confidencialidad de dicha información termina cuando el procedimiento concluye.

En tal sentido, la sola invocación de la causal o afirmar de manera general que “(...) *la información remitida por la Entidad que sustentan la modificación de su CAP contiene información de procesos judiciales en curso (...)*” para respaldar la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, no puede tomarse como sustento para denegar lo solicitado, teniendo en cuenta que es la propia entidad quien ostenta la carga de la prueba para determinar cuáles son los argumentos y/o sustentos que impediría su entrega, no bastando únicamente con la invocación de la excepción o su mera descripción, sino corresponde a esta última acreditar de qué manera dicha documentación corresponde a un proceso judicial (indicando de manera expresa y clara el expediente que lo identifica), el estado de su tramitación, sino además porqué dichos documentos contienen una estrategia a utilizar (bajo los parámetros expuestos en los párrafos

precedentes); debiendo tenerse en consideración, que no toda la documentación requerida tendría vinculación con la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, como pueden ser oficios, cartas, informes, actas u otros similares que han conllevado a obtener la aprobación de la recategorización de plazas vinculadas con el Acuerdo de Directorio N° 005-2015/016-FONAFE.

Siendo esto así, la respuesta otorgada por la entidad se limita a señalar lo solicitado, se encuentra dentro de los alcances de la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sin advierte sustento alguno sobre si estos constituyen una información preparada por asesores jurídicos o abogados de la entidad, cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado.

Por ello, la Presunción de Publicidad respecto del acceso a dicha documentación se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada por la entidad; en consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación respecto al extremo contenido en el ítem 3 de solicitud y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública⁶ requerida, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

- **Respecto a la petición de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos debido a la no entrega de la información:**

De otro lado, y atendiendo a lo señalado por el recurrente en su recurso de apelación solicitó, se disponga lo conveniente para que sea FONAFE quien haga efectiva la responsabilidad del "emisor" ante la omisión de entregar la información requerida.

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

Asimismo, es oportuno señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses⁷, corresponde a esta instancia "Resolver, en última instancia administrativa, los recursos de apelación que interpongan los funcionarios y servidores públicos sancionados por el incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información" (subrayado agregado).

⁶ Salvaguardando de ser el caso, la información que se encuentre protegida por la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal, al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

⁷ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

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

Finalmente, de conformidad con los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

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

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

Por los considerandos expuestos⁸ y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses; asimismo, ante la ausencia de la Vocal Titular de la Primera Sala María Rosa Mena Mena por descanso físico, interviene en la presente votación la Vocal Titular de la Segunda Sala de esta instancia Vanesa Vera Munte⁹;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por el **SINDICATO NACIONAL CENTRO UNIÓN DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - SINACUT ESSALUD**; en consecuencia, **ORDENAR** al **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO (FONAFE)** atender y acreditar la entrega de la información pública solicitada por el recurrente en los ítems 1, 2 y 3 de la solicitud conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

Artículo 2.- SOLICITAR al **FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO (FONAFE)** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de dicha información al **SINDICATO**

⁸ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁹ Conforme a lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto Supremo N° 019-2017-JUS, así como a la designación formulada de acuerdo a lo establecido en el Artículo 1 de la Resolución N° 031200212020 de fecha 13 de febrero de 2020; así como lo acordado en el Acta de Sala Plena de fecha 3 de agosto de 2020.

NACIONAL CENTRO UNIÓN DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - SINACUT ESSALUD.

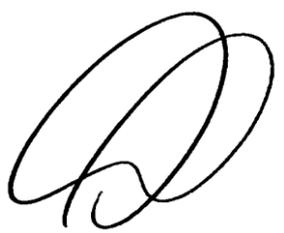
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al **SINDICATO NACIONAL CENTRO UNIÓN 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 previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

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



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



VANESA VERA MIENTE
Vocal

vp: uzb