



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 000564-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00426-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **DANIEL RENATO YOVERA SOTO**
Entidad : **MINISTERIO DE SALUD**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

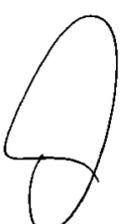
Miraflores, 24 de marzo de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 00426-2021-JUS/TTAIP de fecha 5 de marzo de 2021, interpuesto por **DANIEL RENATO YOVERA SOTO**, contra el correo electrónico de fecha 17 de febrero de 2021¹, mediante el cual el **MINISTERIO DE SALUD** denegó la solicitud de acceso a la información pública de fecha 5 de febrero de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 5 de febrero de 2021, el recurrente solicitó a la entidad información relacionada con la adquisición de la vacuna Sinopharm, conforme al siguiente detalle:

- 
- 
- 
- Expediente N° 21-004249-1 y anexos.
 - Oficio N° 078-2021-SG/MINSA de fecha 10 de enero del 2021.
 - Carta N° 022-2021-DG-CENARES/MINSA de fecha 11 de enero del 2021.
 - Memorándum N° 044-2021-CP-CENARES/MINSA de fecha 12 de enero del 2021.
 - Pedido de Compra N° 00740 de fecha 13 de enero del 2021.
 - Carta Orden N° 21000014 de fecha 13 de enero del 2021.
 - Memorándum N° 051-2021-DG-CENARES/MINSA de fecha 14 de enero del 2021.
 - Carta N° 055-2021-DG-CENARES/MINSA de fecha 18 de enero del 2021.
 - Correo de fecha 18 de enero del 2021 remitido por el representante de Sinopharm sobre el cumplimiento de las BPM.
 - Videos, transcripción y actas de las reuniones del 19 de enero del 2021 entre funcionarios/representantes/directivos/gerentes/servidores de CENARES, DIGEMID, MINSA y de SINOPHARM en Perú.
 - Memorándum N° 142-2021-DG-CENARES/MINSA de fecha 20 de enero del 2021.
 - Videos, transcripción y actas de las reuniones del 20 de enero del 2021 entre funcionarios/representantes/directivos/gerentes/servidores de CENARES, en las cuales se abordaron las observaciones y requerimientos de Digemid a la propuesta de vacuna de SINOPHARM.
 - Correo electrónico de fecha 20 de enero de 2021 remitido por CENARES a SINOPHARM, concerniente a las observaciones y requerimientos realizados por DIGEMID.

¹ Comunicación electrónica que contiene el Memorando N° 519-2021-DG-CENARES/MINSA, el Informe N° 048-2021-EAL-CENARES/MINSA y el Oficio N° 210-2021-OTRANS-SG/MINSA.

- Videos, transcripción y actas de las reuniones virtuales del 20 de enero del 2021, entre funcionarios/representantes/directivos/gerentes/servidores de CENARES, DIGEMID, DGIESP, Viceministerio de Salud, Embajada de Perú en China y empresa SINOPHARM.
- Videos, transcripción y actas de la reunión de coordinación en el Despacho del señor Viceministro de Prestaciones y Aseguramiento en Salud de fecha 21 de enero de 2021.

Mediante correo electrónico de fecha 17 de febrero de 2021, el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (CENARES)² remitió el Informe N° 48-2021-EAL-CENARES/MINSA de fecha 15 de febrero de 2021, en el cual concluye que “ 4.1 (...) de conformidad con el Decreto de Urgencia N° . 110-2020, modificado por el Decreto de Urgencia N° 003-2021 y el numeral 2 del artículo 17° del T.U.O de la Ley de Transparencia, la información correspondiente a las vacunas contra la COVID – 19 que adquiera el Estado Peruano es confidencial y está protegida por el secreto comercial por lo que no debe ser divulgada. 4.2. En tal sentido, no corresponde en estos momentos otorgar la información requerida por el Sr. Daniel Yovera Soto, no otro tipo de información relacionada a las vacunas contra la COVID – 19, toda vez que, no se puede poner en riesgo los acuerdos internacionales suscritos para la adquisición de las vacunas, contra la divulgación de información confidencial protegida por el secreto comercial debiendo considerarse además lo señalado en el literal a) del numeral 2 del artículo 16 del T.U.O de la Ley de Transparencia”.

Con fecha 5 de marzo del año en curso el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, señalando que la entidad denegó la entrega de la información solicitada aplicando las limitaciones previstas en el inciso a) del numeral 2 del artículo 16 y numeral 2 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, sin embargo, el acceso de los documentos solicitados contribuye a que la ciudadanía supervise las actuaciones de los funcionarios públicos y controle que estas se hayan encaminado a asegurar la disponibilidad de vacunas que reúnan características de calidad, inocuidad y eficacia, en cantidades suficientes. Añade el recurrente que la información solicitada permite conocer posibles influencias que empresas farmacéuticas habrían tenido sobre los servidores públicos involucrados en el proceso de adquisición, optimizándose el principio de proscripción de la corrupción conforme a lo señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2814-2008-HD/TC, agregando que la información solicitada trata de un derecho humano a la salud reconocido en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú y en tratados de derechos humanos, puesto que este derecho comprende el acceso a bienes que contribuyan al bienestar físico, mental y social de las personas, como es el caso de las vacunas contra el COVID-19, por lo que considera que la entrega de la información solicitada garantiza el derecho a la salud y la lucha contra la corrupción y que la ciudadanía supervise la actuación de los servidores públicos durante el proceso de adquisición de vacunas. Refiere además sobre las excepciones establecidas en el inciso a) del numeral 2 del artículo 16 y el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, que la entidad no ha demostrado que se cumplen las condiciones para limitar válidamente el derecho de acceso a la información pública, siguiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Mediante la Resolución N° 000478-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA³ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos.

² En adelante CENARES.

³ Resolución de fecha 10 de marzo de 2021, notificada a la entidad el 12 de marzo de 2021.

A través del Oficio N° 574-2021-DG-CENARES/MINSA remitido a esta instancia con fecha 18 de marzo de 2021, el CENARES remite el expediente administrativo y su descargo contenido en el Informe N° 106-2021-EAL-CENARES/MINSA, en el cual concluye lo siguiente: *“4.1 Como es de público conocimiento, los contratos suscritos (y que se vienen suscribiendo) con entes privados internacionales tienen como finalidad el contar de manera pronta y oportuna con vacunas eficaces y efectivas que coadyuven a proteger a la población peruana contra la infección y propagación del COVID-19. 4.2 En el proceso de negociación con dichos entes privados internacionales se llegaron a acuerdos a fin de que nuestro país cuente con dichas vacunas en corto tiempo. 4.3 Sin embargo, como partes de las antes referidas negociaciones se estableció que, como parte de los contratos a suscribirse, se incorporen cláusulas de confidencialidad. 4.4 Siendo ello así, se tiene que la información requerida por el señor Daniel Renato Yovera Soto, precisamente se encuadra en uno de los supuestos de información clasificada como confidencial por el numeral 2 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia – secreto comercial – y, por tanto encontrándose en ese supuesto, no es posible, al menos por ahora, admitir su solicitud y entregarle esta información. 4.5 En tal sentido, ratificamos lo expresado en el Informe N° 048-2021-EAL-CENARES/MINSA de fecha 25 de febrero de 2021, toda vez que, la solicitud de información realizada por el ciudadano Daniel Renato Yovera Soto no resulta, de momento, atendible”.*

Asimismo, mediante Oficio N° 000378-2021-OTRANS-SG presentado ante esta instancia, el Ministerio de Salud refiere que derivó la resolución de admisión del presente expediente al CENARES para la atención del mismo, entidad que mediante Oficio N° 599-2021-DG-CENSARES/MINSA comunica que a través del Informe N° 106-2021-EAL-CENARES/MINSA formuló sus descargos, los cuales fueron remitidos a este Tribunal.

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, dicho artículo precisa que 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 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

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

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.

Asimismo, el literal a) del numeral 2 del artículo 16 de la referida ley establece que el derecho de acceso a la información no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada, agregando que dicha excepción comprende únicamente aquella que por razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, es información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático, siendo una de las excepciones los elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse perjudicarían los procesos negociadores o alterarían los acuerdos adoptados, no siendo públicos por lo menos en el curso de las mismas.

Agrega el último párrafo del citado artículo 16 que, en los supuestos contemplados en dicho artículo, los responsables de la clasificación son los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por éste, precisando que una vez que desaparezca la causa que motivo la clasificación, la información reservada es de acceso público.

En esa línea, el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁵, señala que las entidades que produzcan o posean información de acceso restringido llevarán un registro de la misma, el cual se dividirá en información secreta e información reservada. Añade la norma citada que en el referido registro se deberá consignar los siguientes datos: *“a. El número de resolución del titular del sector o del pliego, según corresponda, y la fecha de la resolución por la cual se le otorgó dicho carácter; b. El número de la resolución, la fecha de expedición y la vigencia del mandato cuando el titular del sector o pliego, según corresponda, hubiese designado un funcionario de la entidad para realizar la labor de clasificación de la información restringida; c. El nombre o la denominación asignada, así como el código que se le da a la información con el objeto de proteger su contenido, el mismo que deberá estar reproducido en el documento protegido, con el objeto del cotejo respectivo para el momento que se produzca la correspondiente desclasificación; d. La fecha y la resolución por la cual el titular del sector o pliego, según corresponda, prorrogó el carácter secreto de la información, por considerar que su divulgación podría poner en riesgo la seguridad de las personas, la integridad territorial y/o la subsistencia del régimen democrático, cuando ello corresponda; e. El número, tipo de documento y la fecha con que se fundamentó ante el Consejo de Ministros el mantenimiento del carácter restringido de la información, cuando ello corresponda; y, f. La fecha y la resolución de desclasificación de la información de carácter reservado en el caso que hubiera desaparecido la causa que motivó su clasificación, cuando ello corresponda.”*

De otro lado, el numeral 2 del artículo 17 de la norma en mención señala que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido cuando la información este protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente se encuentra protegida por las excepciones previstas en el literal a) del numeral 2 del artículo 16 de la Ley de Transparencia, así como lo

⁵ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

establecido en el Decreto de Urgencia N° 110-2020, modificado por el Decreto de Urgencia N° 003-2021, respecto a lo establecido en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Sobre el particular, el artículo 3 de la Ley de Transparencia consagra el Principio de Publicidad al señalar 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, 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, al señalar lo siguiente:

“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”.

Asimismo, 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).

Por su parte, 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.

Ahora bien, en el caso de autos se tiene que el recurrente solicitó a la entidad información relacionada con la adquisición de la vacuna Sinopharm, siendo que la entidad, mediante el Informe N° 048-2021-EAL-CENARES/MINSA de fecha 15 de febrero de 2021, ha señalado que conforme a lo establecido en el Decreto de Urgencia N° 110-2020, modificado por el Decreto de Urgencia N° 003-2021, y el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, la información solicitada es confidencial y está protegida por el secreto comercial, por lo que no puede ser divulgada, añadiendo que dicha documentación también se encuentra protegida

por el numeral 2 del artículo 16° de la Ley de Transparencia respecto a negociaciones internacionales en curso, argumentos que son reiterados en su descargo al señalar que se ratifican en lo expresado en el Informe N° 048-2021-EAL-CENARES/MINSA.

Así, conforme se advierte de los actuados, el recurrente sostiene que la información solicitada tiene naturaleza pública, debido a la importancia del control ciudadano en la gestión de las autoridades y funcionarios públicos encargados de la adquisición de las vacunas contra el Covid 19, desincentivando actos de corrupción, además de considerar que al tratarse de un tema de salud pública, constituye un derecho fundamental de los ciudadanos acceder a dicho servicio de prevención y a la información relacionada con las referidas negociaciones.

Con relación a dichos argumentos, es pertinente señalar que de conformidad con lo previsto por el artículo 7 de la Ley de Transparencia, el acceso a la información pública no exige expresión de causa, de modo que la calificación de la naturaleza pública o reservada de la documentación requerida, al margen de las consideraciones expuestas por el solicitante, se realiza en función a lo dispuesto por la Ley de Transparencia y a los reiterados lineamientos contenidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de acceso a la información pública.

Por su parte, en cuanto a los fundamentos expuestos por la entidad, referidos a la importancia de la adquisición de las vacunas contra el Covid 19 para atender la necesidad pública de salud de todos los peruanos, y por ello resulta fundamental mantener un escenario adecuado que permita continuar con las negociaciones con laboratorios extranjeros destinadas a la compra de tales medicamentos, es pertinente anotar que la calificación de confidencial o reservada de la información solicitada se sujeta al marco jurídico vigente, como es la Ley de Transparencia y toda aquella regulación con rango de ley que haya calificado previamente determinada documentación como una excepción al derecho de acceso a la información pública, más aún si el Estado tiene las facultades y prerrogativas legales para otorgar la cobertura de confidencial o reservada de determinada información, debiendo para tal efecto cumplir con el procedimiento y exigencias previstas por las normas vigentes.

Siendo ello así, corresponde realizar el análisis de las excepciones alegadas por la entidad, conforme al desarrollo siguiente:

a) Respecto a la excepción contenida en el literal a) del numeral 2 del artículo 16 de la Ley de Transparencia.

Conforme se ha señalado precedentemente, toda documentación que obra en poder de la Administración Pública se encuentra dentro del alcance del Principio de Publicidad, por lo que su contenido se presume público y accesible a la ciudadanía en general. En esa línea, al establecer la Ley de Transparencia excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, éstas causales deben ser debidamente motivadas y acreditadas, puesto que estamos frente a una limitación de un derecho fundamental.

En esa línea, 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, 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, resulta claro que corresponde a las entidades justificar el apremiante interés público para denegar el acceso a la información, esto es, sustentar las razones por las que dicha información debe ser considerada reservada, conforme lo exige la jurisprudencia antes citada.

A mayor abundamiento, es importante señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los considerandos 89 a 91 de la sentencia recaída en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de fecha 16 de setiembre de 2006, ha establecido que las restricciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública pueden resultar legítimas siempre que cumplan los siguientes requisitos:

“En primer término, deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

(...)

En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar ‘el respeto a los derechos o a la reputación de los demás’ o ‘la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas’.

Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”.

Ahora bien, en cuanto a la excepción alegada por la entidad, es importante tener en consideración lo dispuesto en el literal a) del numeral 2 del artículo 16 de la Ley de Transparencia, que establece lo siguiente:

*“Artículo 16.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto*

de la información clasificada como reservada. En consecuencia, la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:”

Es importante resaltar que, al tratarse de una excepción, esta debe ser interpretada de manera restrictiva y conforme a lo señalado por la ley, de modo que en el párrafo citado se indica claramente que la limitación de acceso a determinada información requiere que esta haya sido previamente clasificada como reservada.

Agrega el referido artículo lo siguiente, detallando los supuestos de información reservada:

“(…)

2. Por razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, se considerará información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático. Estas excepciones son las siguientes:

- a) Elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse perjudicarían los procesos negociadores o alterarían los acuerdos adoptados, no serán públicos por lo menos en el curso de las mismas”. (subrayado agregado)

Conforme se indica en la referida norma, la información reservada corresponde a los “elementos de las negociaciones internacionales que, de revelarse, perjudicarían los procesos negociadores o alterarían los acuerdos adoptados”, sin embargo, dicha limitación se encuentra sujeta a una condición expresamente señalada en el penúltimo del mismo artículo 16 de la Ley de Transparencia, que es **la determinación o clasificación previa de cierta información como reservada**, estableciéndose además el funcionario con la facultad y responsabilidad de dicha clasificación, como son **los titulares del sector o los funcionarios designados por este**, de modo tal que, para que opere la reserva de ciertos elementos de las negociaciones internacionales, se deben cumplir dos (2) requisitos constitutivos: 1) la clasificación de la información como reservada; y, 2) que esta determinación se haya realizado por el titular del sector u otro funcionario designado por este.

Concordante con la referida norma, el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Transparencia señala que las entidades que produzcan o posean información de acceso restringido llevarán un registro de la misma, el cual se dividirá en información secreta e información reservada, registro que comprende el número de resolución del titular del sector o del pliego y la fecha de resolución por la cual se le otorgó dicho carácter, entre otra información relacionada con dicha clasificación.

Siendo esto así, para efectos de fundamentar la causal invocada correspondía mínimamente que la entidad acreditara, mediante el documento respectivo, la respectiva clasificación de información reservada, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Lo antes señalado encuentra -a su vez- respaldo en lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 29 y 33 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC:

“29. De lo antes expuesto, entre otras disposiciones constitucionales, se desprende que las excepciones que puedan ser reguladas por el legislador, para ser válidas, deben cumplir las siguientes condiciones: i) deben estar previstas en la ley de forma expresa y estricta, no pudiendo quedar al libre arbitrio de cada entidad de la Administración Pública; ii) deben perseguir objetivos legítimos que estén indeliblemente unidos a la protección de un fin constitucional; iii) deben ser estrictamente necesarias lo que implica además elegir la medida menos restrictiva posible; y iv) deben ser proporcionales con el grado de restricción del derecho de acceso a la información pública, de modo que el grado de ventajas o satisfacción del fin constitucional que se quiere proteger con la excepción sea, por lo menos, mayor que el grado de desventajas o restricción del derecho de acceso a la información pública.

(...)

33. De lo expuesto se desprende cómo el derecho fundamental de acceso a la información pública reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, junto a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, conforman el parámetro de constitucionalidad que debe servir para identificar las exigencias constitucionales que se derivan de este derecho, así como las estrictas y únicas excepciones que pueden justificar la limitación del acceso a la información pública. Es conforme a dicho parámetro que la Administración Pública no sólo tiene la obligación constitucional de entregar la información que le soliciten los ciudadanos, salvo las aludidas excepciones, sino además aquella otra de efectivizar, incluso oficiosamente, de publicidad y transparencia respecto de tal información.

Y es que la Administración Pública no sólo debe entregar información recién cuando un juez le ordene hacerlo. Como ya se ha explicado antes y así desprende del respectivo mandato constitucional y legal, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la publicidad de la información financiada por el presupuesto público, de modo que la Administración tiene la obligación de hacer pública tal información. Las excepciones son aquellas expresa y únicamente contenidas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, e incluso dichas excepciones se aplican de modo restrictivo y sólo cuando la Administración ha justificado o motivado su clasificación como secreta, reservada o confidencial. Si no se ha justificado debidamente la respectiva clasificación carece de efectos la sola nominación formal (colocación de sellos con las expresiones "secreto" o "reservado"), debiendo en todo caso ser la última instancia administrativa en materia de transparencia y acceso a la información pública la encargada de examinar si la información calificada desecreta o reservada reviste realmente o no tal carácter.” (subrayado agregado).

Siendo esto así, se aprecia de autos que la entidad no ha acreditado que la información solicitada haya sido clasificada como reservada, conforme al marco legal aplicable y la exigencia señalada por el Tribunal Constitucional respecto a la carga de la prueba de las excepciones al derecho de acceso a la información, en este caso, clasificar expresamente como reservada las negociaciones, coordinaciones, comunicaciones, acuerdos, estudios, contratos y toda aquella información relacionada con la adquisición de las vacunas Covid 19, lo que no ha sido acreditado por la entidad con la norma o procedimiento previsto, debiendo desestimarse los argumentos expuestos por CENARES en este extremo.

b) En cuanto a la excepción contenida en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Sobre el particular, la entidad ha señalado que la documentación requerida se encuentra protegida por el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, alegando la existencia de información confidencial en la modalidad de “*secreto comercial*”.

En cuanto a ello, partiendo de la premisa de la Presunción de Publicidad detallada en los párrafos precedentes, corresponde tener en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01956-2016-PHD/TC:

“15. Sin embargo, el rechazo en la entrega de la información requerida en los que se alegue que constituye información confidencial debe necesariamente justificar razonablemente cuál es el fundamento de su confidencialidad; de no ser así, no podría justificarse una respuesta negativa, como ocurrió en el caso de autos. En efecto, no es suficiente alegar que determinada información es confidencial o reservada, sino que corresponde motivar ello y que los argumentos sean razonables coherentes”.

Siendo esto así, no basta que las entidades aleguen, con el solo dicho, que determinada documentación constituye un “*secreto comercial*” exceptuado de su publicidad, sin haber motivado de manera coherente en los hechos y en los respectivos fundamentos de derecho, a qué tipo de información confidencial se refiere la excepción, cuáles son las características particulares que sin entrar al detalle, determinan que el contenido de lo requerido encaje en la definición normativa vigente del “*secreto comercial*”, de modo que esta instancia pueda realizar una evaluación respecto de la aplicación de la excepción invocada.

En efecto, el concepto del “*secreto comercial*” no puede ser definido al libre albedrío o discrecionalidad de las entidades, ni tampoco se explica que todos los documentos relacionados con una determinada negociación constituya “*secreto comercial*” pues incluso en un contrato existe información que de ninguna forma califica como secreto comercial, como ocurre, por ejemplo, con los datos de las partes contratantes, obligaciones y contraprestaciones asumidas, plazo de ejecución, costos, penalidades u otros aspectos de contenido general.

En tal sentido, la entidad no solo tiene el deber de motivar la denegatoria de entrega de determinada información en el derecho aplicable, esto es, señalar los artículos de una ley, sino también tiene la carga de la prueba para acreditar que cierta documentación cumple con los requisitos o exigencias normativas para calificar su confidencialidad o reserva, conforme lo recogen los Fundamentos 13 y 15 de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 2579-2003-HD/TC y N° 01956-2016-PHD/TC, respectivamente.

Dicho esto, es pertinente desarrollar el concepto o definición del “*secreto comercial*” al que alude la entidad, para lo cual se debe traer a colación el numeral 40.2 del artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece que se declarará la reserva de la información protegida por el secreto comercial, entre otros supuestos, los siguientes:

“(...)

- a) *Dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;*
- b) *Quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,*
- c) *La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial”.*

Asimismo, el artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, establece requisitos similares:

“Artículo 35.- *Información confidencial*

35.1. *A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Secretaría Técnica o la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.*

La solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial será concedida, siempre que:

- a) *Dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;*
- b) *Quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,*
- c) *La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial”.*

Adicionalmente a ello, de manera referencial, se puede citar la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Modificatoria del Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1031, el cual define al secreto comercial de la siguiente manera:

“(...)

QUINTA.- *Transparencia y acceso a la información pública*

La información confidencial de las Empresas del Estado comprende, entre otros, al secreto comercial, el cual deberá entenderse como toda aquella información tangible o intangible susceptible de ser usada en negocios, industria o práctica profesional que no sea de conocimiento general, así como aquella información cuya divulgación puede ocasionar un perjuicio a la empresa. Esta información puede ser de carácter técnico, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, planes de comercialización, información de investigación y desarrollo, estudios, planes especiales de precios o cualquier otra información que se encuentre sujeta a un esfuerzo razonable para ser protegida, que recaiga sobre un objeto determinado y que tenga un valor comercial por el hecho de mantenerse en secreto” (subrayado nuestro).

Conforme se aprecia de la citada normativa, existen determinadas condiciones y requisitos que deben cumplirse para determinar en qué casos estamos frente a un “secreto comercial”, siendo evidente que en el presente caso la entidad ha omitido sustentar que este tipo de información haya sido incorporada en los contratos o documentos requeridos, no obstante que es

su responsabilidad.

Cabe anotar, adicionalmente, que en el supuesto que la entidad hubiera expuesto claramente que cierta información califica como “*secreto comercial*” y por ello mantener su confidencialidad, ello no justifica la denegatoria del íntegro de los documentos requeridos, conforme ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional en los Fundamentos del 6 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, en los que evalúa el supuesto de documentación que incluye información pública así como información confidencial, en la que precisa que es posible tachar éstos últimos y así garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

“6. De autos se advierte que la ficha personal requerida contiene tanto información de carácter privado como información de carácter público. En efecto, mientras que la información de carácter privado se refiere a datos de individualización y contacto del sujeto a quien pertenece la ficha personal; la información de carácter público contenida en el referido documento abarca datos que fueron relevantes para contratarla, tales como el área o sección en la que la persona ha desempeñado funciones en la Administración Pública; la modalidad contractual a través de la cual se le ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas.

7. No solamente no existe razón para limitar la entrega de información referida a las cualificaciones relevantes que fueron decisivas para la contratación de un empleado en la Administración Pública, sino que, hacerlo, desincentivar la participación ciudadana en la fiscalización de la idoneidad del personal que ingresa a ella.

8. Al respecto, no puede soslayarse que la ciudadanía tiene interés en contar con personal cualificado en la Administración Pública, por lo que impedirle el acceso a información relativa a las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en dicha Administración Pública, no tiene sentido. En todo caso, la sola existencia de información de carácter privado dentro de un documento donde también existe información de carácter público no justifica de ninguna manera negar, a rajatabla, su difusión.

9. Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo petitionado, previo pago del costo de reproducción.” (subrayado agregado).

Conforme se puede apreciar de la mencionada sentencia, incluso en el supuesto de que exista información protegida por una excepción contemplada en la Ley de Transparencia, es perfectamente viable que se proceda a entregar la documentación pública solicitada, procediendo a tachar la información que se encuentre protegida, garantizando el derecho que le asiste al recurrente para acceder a la información pública solicitada.

De otro lado, se debe tener presente que el Decreto de Urgencia N° 110-2020 “*Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias para facilitar y garantizar la adquisición, conservación y distribución de vacunas contra la COVID 19*” precisaba que:

“Artículo 4. Transparencia y control

4.1 Los contratos, acuerdos y/o convenios que celebren las entidades públicas en el marco de lo establecido en el presente Decreto de Urgencia, deben ser publicados en su portal electrónico institucional dentro de los 15 días útiles siguientes a la celebración del respectivo contrato, acuerdo o convenio.” (subrayado agregado).

Posteriormente, se modificó el referido numeral 4.1 a través del Decreto de Urgencia N° 003-2021, “Decreto de Urgencia que modifica el numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 110-2020, Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias para facilitar y garantizar la adquisición, conservación y distribución de vacunas contra la COVID 19”⁸, cuyo texto actual es el siguiente:

“Artículo 4. Transparencia y control

4.1. El MINSA publica en su portal electrónico institucional información de alcance general, en el marco de su labor de prevención de la pandemia y la aplicación del programa de vacunación o similares, respecto a las vacunas contra la COVID-19. La publicación de esta información no podrá afectar los acuerdos y/o cláusulas de confidencialidad de la información, por tiempo determinado, que haya suscrito el Estado para la compra de vacunas contra la COVID-19.” (subrayado agregado).

Ahora bien, del tenor de los referidos Decretos de Urgencia, se aprecia que inicialmente se consideró, como ocurre con la aplicación del Principio de Publicidad, que la información relacionada con los contratos y acuerdos suscritos por el Estado Peruano para la adquisición de las vacunas contra el Covid 19 debía publicitarse. Asimismo, se advierte también que posteriormente el Ejecutivo modificó la norma emitida inicialmente para posibilitar y/o facilitar la adquisición de vacunas contra el Covid 19, en el entendido que en las negociaciones con los laboratorios extranjeros existía la posibilidad de acceder a información que efectivamente constituyera datos protegidos, que en el caso concreto y conforme lo ha manifestado la entidad en sus descargos, corresponde únicamente a secretos comerciales, pues no alegó ningún otro tipo de información reservada.

Tal posibilidad, esto es, que en los contratos y acuerdos pueda existir información que califique como “*secreto comercial*”, se desprende de la parte considerativa del Decreto de Urgencia N° 003-2021, que establece lo siguiente:

“Que, en dicho contexto, resulta necesario modificar el numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 110-2020, debido a que las actuales condiciones contractuales que determina el mercado obligan al cumplimiento de cláusulas de confidencialidad derivadas de la celebración de los contratos, acuerdos y/o convenios para la adquisición de vacunas contra la COVID-19. Estos acuerdos de confidencialidad se han realizado en el marco de las excepciones previstas en el numeral 2 del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, referida a la información confidencial protegida por el secreto industrial, comercial, tecnológico, entre otros. Ello sin perjuicio de las medidas adecuadas que se adopten para mantener informada a la ciudadanía sobre las acciones adoptadas contra la COVID-19.” (subrayado agregado).

En tal sentido, resulta evidente para este colegiado que la entidad ha omitido acreditar conforme a ley, que el íntegro de la documentación solicitada por el recurrente corresponde a un “*secreto comercial*” que merece protección

especial ante su publicidad, pues la definición de dicha calificación o la determinación de ciertos documentos bajo dicha condición, no corresponde a la discrecionalidad de la entidad, sino que esta se sujeta a la definición legal establecida expresamente en las normas especiales anteriormente citadas, además de no haberse indicado cuál sería dicha documentación, de modo que los argumentos formulados por CENARES en este extremo, no resultan atendibles.

No obstante ello, este Tribunal no puede desconocer la posibilidad que en la información solicitada exista documentación que califica como confidencial, de acuerdo al marco jurídico referido anteriormente, tan es así que en la parte considerativa del Decreto de Urgencia N° 003-2021 se consigna expresamente dicho supuesto como fundamento de la modificación de la norma original, por lo que corresponderá que la entidad tache únicamente la información que califique como “*secreto comercial*”, conforme a los lineamientos expuestos en la presente resolución.

Con relación a la publicidad de los correos electrónicos solicitados por el recurrente, es pertinente traer a colación lo dispuesto por el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia, que señala que la información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. Añade dicha norma que el pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quién debe proporcionar la información solicitada. No es de acceso público la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Transparencia.

En tal sentido, la información contenida en correos electrónicos institucionales constituye información de acceso público, conforme al procedimiento descrito por la norma citada en el párrafo precedente.

Por otro lado, respecto a los videos y transcripciones solicitadas, 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, entre otros, a 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.

En ese sentido, las grabaciones o videos que se encuentren en poder de la entidad constituyen información pública, en la medida que no contenga alguna exceptuada por la Ley de Transparencia, entre otros, la referida a los datos personales, cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar.

En dicha línea, corresponderá que la entidad entregue al recurrente los videos y transcripciones solicitados, y de contener estas información confidencial de naturaleza íntima -de ser el caso-, se deberá entregar los mismos empleando un procedimiento de anonimización (o pixeado) o disociación de la imagen y voz en aquellos momentos donde se menciona información confidencial, lo cual también debe ser replicado en las transcripciones mediante el tachado de la misma información conforme a lo establecido en el artículo 19° de la Ley de Transparencia.

Finalmente, en virtud de lo señalado 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.

En consecuencia, 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 FUNDADO el recurso de apelación contenido en el Expediente N° 00426-2021-JUS/TTAIP de fecha 5 de marzo de 2021, interpuesto por **DANIEL RENATO YOVERA SOTO**; en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE SALUD** que entregue la información pública solicitada por el recurrente, tachando únicamente aquella que califique como reservada o confidencial conforme a lo indicado en la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE SALUD** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo precedente.

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 a **DANIEL RENATO YOVERA SOTO** y al **MINISTERIO DE SALUD**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

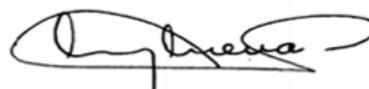
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal