



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 000996-2023/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 00389-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **FERNANDEZ-DAVILA ABOGADOS S.A.C.**
Entidad : **MINISTERIO DE SALUD**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 27 de marzo de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 00389-2023-JUS/TTAIP de fecha 10 de febrero de 2023, interpuesto por **FERNANDEZ-DAVILA ABOGADOS S.A.C.** contra el correo electrónico de fecha 23 de enero de 2023, por el cual el **MINISTERIO DE SALUD** denegó su solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 13 de enero de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 13 de enero de 2022, la recurrente solicitó a la entidad que le brinde lo siguiente: *“EL LISTADO DE FECHAS EN LA QUE FUERON SOLICITADOS LOS REGISTROS SANITARIOS DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS QUE CONTIENEN EL IFA ABEMACICLIB”* (sic).

Mediante el correo electrónico de fecha 23 de enero de 2023, la entidad indicó lo siguiente:

“En atención al documento indicado en la referencia, nos dirigimos a usted para comunicarle lo que dispone el artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM:

“Artículo 13°. - Denegatoria de acceso...

...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 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...”

Cabe señalar, que la información que está solicitando, en relación al listado de fechas en la que fueron solicitados los registros sanitarios de productos farmacéuticos que contiene el IFAABEMACICLIB, referente a las Autorizaciones Excepcionales enmarcados en el Artículo 20° del DS N° 016-2011-SA y modificatorias y con las características que necesita, tendrían que ser creados en

nuestra base de datos del Sistema Integrado SI-DIGEMID, por tal razón, consideramos que la solicitud de acceso a la Información Pública requerida por su representada no resulta atendible, por cuanto la misma está enmarcada en el artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, modificada con la Ley N° 27927, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS.”

Con fecha 10 de febrero de 2023, la recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis contra la referida comunicación alegando que la entidad cuenta con lo solicitado en virtud al artículo 85 inciso d) del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la entidad, aprobado mediante Decreto Supremo No. 008-2017-SA, que dispone que la DIGEMID es la entidad encargada de supervisar la autorización, registro, control, fiscalización, vigilancia y trazabilidad de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios. A su vez, refiere que la entidad ha considerado que su pedido corresponde a autorizaciones, cuando ello no figura en la solicitud. Además, que al consultar la base de datos de DIGEMID se aprecian parte de los datos requeridos:

Se encontraron 4 resultados para: **ABEMACICLIB**

Expediente	Fecha de trámite	Tipo de trámite	Nombre de Producto	Concentración	F. Farmacéutica	Via de Adm.	Principio Activo	Solicitante	Protección de Datos	Situación	Resultado
19040214 - 1	2/5/2019	INSCRIPCIÓN VERZENIO	VERZENIO	200mg	COMPRIMIDO RECUBIERTO	ORAL	ABEMACICLIB	ELI LILLY INTERAMERICA INC. SUCURSAL PERUANA	SI	ATENDIDO	APROBADO
19040217 - 1	2/5/2019	INSCRIPCIÓN VERZENIO	VERZENIO	50 mg	COMPRIMIDO RECUBIERTO	ORAL	ABEMACICLIB	ELI LILLY INTERAMERICA INC. SUCURSAL PERUANA	NO	ATENDIDO	APROBADO
19040218 - 1	2/5/2019	INSCRIPCIÓN VERZENIO	VERZENIO	100 mg	COMPRIMIDO RECUBIERTO	ORAL	ABEMACICLIB	ELI LILLY INTERAMERICA INC. SUCURSAL PERUANA	NO	ATENDIDO	APROBADO
19040225 - 1	2/5/2019	INSCRIPCIÓN VERZENIO	VERZENIO	150 mg	COMPRIMIDO RECUBIERTO	ORAL	ABEMACICLIB	ELI LILLY INTERAMERICA INC. SUCURSAL PERUANA	NO	ATENDIDO	APROBADO

1

Mediante la RESOLUCIÓN N° 000866-2023/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA de fecha 16 de marzo de 2023, notificada a la entidad en fecha 20 de marzo de 2023, esta instancia solicitó la remisión del expediente administrativo y la formulación de sus descargos, requerimientos que no han sido atendidos a la fecha de emisión de la presente resolución.

II. ANÁLISIS

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

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

¹ En adelante, Constitución.

N° 021-2019-JUS², establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

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

Además, cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental, precisando que no pueden establecerse excepciones a dicho derecho por una norma de menor jerarquía a la ley.

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

2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la entidad atendió la solicitud de la recurrente conforme a ley.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

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

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

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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

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

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

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

De autos se observa que la recurrente solicitó a la entidad: *“El listado de fechas en la que fueron solicitados los registros sanitarios de productos farmacéuticos que contienen el IFA ABEMACICLIB”*, y la entidad denegó dicho pedido alegando que implica crear o producir información con la que no cuenta. Ante ello, la recurrente interpuso su recurso de apelación alegando que la entidad sí cuenta con lo solicitado, además que la entidad da respuesta sobre información no solicitada. Por su parte, la entidad no brindó sus descargos ante esta instancia.

En dicho contexto, corresponde determinar si la respuesta brindada por la entidad es conforme a la normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública.

Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01410-2011-PHD/TC que:

“[...] el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la obligación de parte de los organismos públicos de entregar la información solicitada, sino que ésta sea

completa, actualizada, precisa y verdadera. 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, por el contrario, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa” (subrayado agregado).

En el mismo sentido, resulta ilustrativo el criterio expresado por el Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de México – INAI, en las resoluciones RRA 0003/16 (Comisión Nacional de las Zonas Áridas, 29 de junio de 2016), RRA 0100/16 (Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación, 13 de julio de 2016), y RRA 1419/16 (Secretaría de Educación Pública, 14 de setiembre de 2016): “Para el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información, la congruencia implica que exista concordancia entre el requerimiento formulado por el particular y la respuesta proporcionada por el sujeto obligado; mientras que la exhaustividad significa que dicha respuesta se refiera expresamente a cada uno de los puntos solicitados. Por lo anterior, los sujetos obligados cumplirán con los principios de congruencia y exhaustividad, cuando las respuestas que emitan guarden una relación lógica con lo solicitado y atiendan de manera puntual y expresa, cada uno de los contenidos de información” (subrayado agregado).

De este modo, se concluye que, al atender una solicitud de acceso a la información pública, la entidad tiene la obligación de brindar una respuesta congruente con lo requerido, debiendo pronunciarse sobre cada ítem de la información solicitada, así como entregando, en caso de corresponder, los documentos requeridos en la misma y no una información distinta a la solicitada.

De autos se aprecia que la recurrente solicitó un listado con las fechas en que se solicitaron los registros sanitarios de productos farmacéuticos que contienen el Ifa Abemaciclib, y la entidad brindó respuesta al pedido de: “relación al listado de fechas en la que fueron solicitados los registros sanitarios de productos farmacéuticos que contiene el IFAABEMACICLIB, referente a las Autorizaciones Excepcionales enmarcados en el Artículo 20° del DS N° 016-2011-SA y modificatorias”, por lo que se concluye que la entidad brindó una respuesta incongruente a lo solicitado.

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

En dicha línea, el tercer párrafo del artículo 13 de dicha norma 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 mismo sentido, conforme al cuarto párrafo de la misma norma el derecho de acceso a la información pública no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean.

Asimismo, indica dicha norma que no califica en esta limitación el procesamiento de datos preexistentes de acuerdo con lo que establezcan las normas reglamentarias, salvo que ello implique recolectar o generar nuevos datos.

Finalmente, el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que el procesamiento de datos preexistente consiste en la presentación de la información bajo cualquier forma de clasificación, agrupación o similar que permita su utilización, y que dicho procesamiento opera respecto de información contenida en una base de datos electrónica, o cuando la entidad tenga la obligación de gestionar la información en una base de datos electrónica.

Conforme a las normas citadas, el derecho de acceso a la información pública solo implica la obligación de la entidad de entregar la información con la que cuente o se encuentre obligada a contar, por lo que no tiene el deber de crear información, ni efectuar análisis o evaluaciones de la información con la que cuenta.

No obstante ello, dicha normativa ha establecido un supuesto en el cual es posible que la entidad entregue información que suponga una agrupación de la misma, bajo algún criterio de clasificación, supuesto al que ha denominado “procesamiento de datos preexistentes”. Sin embargo, ha sujetado la aplicación de dicho procesamiento por parte de una entidad a dos condiciones: i) la primera, que dicho procesamiento se efectúe en base a “datos preexistentes”, es decir, que no tengan que recolectarse o generarse nuevos datos para que pueda realizarse el procesamiento de información, y ii) la segunda, que dicho procesamiento se realice conforme a lo indicado en la norma reglamentaria correspondiente, la cual en este caso ha establecido que para que se realice dicho procesamiento la entidad debe contar o estar obligada a contar con una base de datos electrónica a partir de la cual pueda efectuar dicha operación.

Es decir, en los casos en que el solicitante pretenda acceder a información agrupada bajo algún criterio de clasificación, la entidad debe entregarla siempre que cuente o se encuentre obligada a contar con una base de datos electrónica de la cual pueda extraer la información solicitada, y siempre que dicho procesamiento de información no suponga la recolección o generación de nueva información.

En dicho contexto, en el caso que la entidad no cuente o no tenga la obligación de contar con una base de datos electrónica de la cual pueda extraer la información solicitada para su procesamiento, o que dicho procesamiento de datos suponga la necesidad de recolectar o generar nuevos datos, deberá informar de manera clara y precisa al recurrente la ausencia de alguna de estas condiciones para efectuar el aludido procesamiento de datos preexistente, en la medida que es obligación de la entidad motivar debidamente la denegatoria de la solicitud de información.

En el caso de autos, la entidad solo ha referido que el “*listado de fechas en la que fueron solicitados los registros sanitarios de productos farmacéuticos que contiene el IFAABEMACICLIB, referente a las Autorizaciones Excepcionales enmarcados en el Artículo 20° del DS N° 016-2011-SA y modificatorias y con las características que necesita, tendrían que ser creados en nuestra base de datos del Sistema Integrado SI-DIGEMID*”, esto es, no ha señalado con precisión si dicho listado de fechas puede ser extraído del referido sistema, ni

tampoco ha señalado si tiene la obligación de contar con una base de datos electrónica de la cual pueda extraer dicha información, por lo que la denegatoria de la solicitud se encuentra insuficientemente motivada.

Por lo antes mencionado, corresponde declarar fundado el recurso de apelación, y disponer que la entidad entregue la información requerida conforme a los fundamentos antes expuestos, o en su defecto precise si no cuenta o no tiene la obligación de contar con una base de datos electrónica de la cual pueda extraer el listado solicitado.

Finalmente, en virtud de lo previsto por el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

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

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

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses:

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **FERNANDEZ-DAVILA ABOGADOS S.A.C.**; en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE SALUD** que entregue a la recurrente la información solicitada, 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.

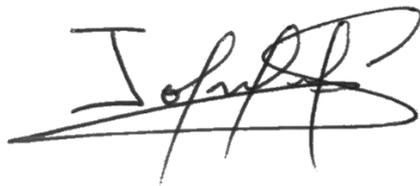
Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE SALUD** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de la presente resolución.

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 mediante 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

FERNANDEZ-DAVILA ABOGADOS S.A.C. y al **MINISTERIO DE SALUD** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

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



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal Presidente



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal



VANESA VERA MUELTE
Vocal

vp: fjlf/jmr