



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 002119-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 01337-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **REGALMA EIRL**
Entidad : **SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL AREQUIPA**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 19 de junio de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01337-2023-JUS/TTAIP de fecha 2 de mayo de 2023, interpuesto por **REGALMA EIRL** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL AREQUIPA** mediante Expediente NIT N° 1313-2023-8212 de fecha 11 de abril de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 11 de abril de 2023, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la empresa recurrente solicitó a la entidad se le remita a su correo electrónico la información que a continuación se detalla:

*“DOCUMENTO DIRIGIDO AL COLEGIO DE INGENIEROS DEL PERU, A TRAVES DEL CUAL EL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD HA SOLICITADO PERITAJE TECNICO Y/O ALGUN TIPO DE INTERVENCION A LA INFRAESTRUCTURA EJECUTADA POR MI REPRESENTADA MEDIANTE **ORDEN DE COMPRA N° 4503709583** (CONTRATACION DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA POR CONTINGENCIA COVID-19 UPSS DE LA UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS (UCI) DEL HOSPITAL III YANAHUARA DE LA RED ASISTENCIAL AREQUIPA -ESSALUD)”*

Con fecha 2 de mayo de 2023 la administrada interpuso el recurso de apelación materia de análisis, al considerar denegada su solicitud de acceso a la información pública en aplicación del silencio administrativo negativo. Asimismo, adjunta la siguiente información:

(i) la Carta N° 109-OA.JOA.GRAAR ESSALUD 2023 de fecha 20 de abril de 2023, recepcionada por la recurrente con fecha 21 de abril de 2023, en la cual se hace alusión a la orden de compra mencionada en su requerimiento, señalando lo siguiente:

“(…)”

Al respecto, cabe señalar que de conformidad con Carta Notarial N° 001-OA.JOA-GRAAR-ESSALUD-2023, de fecha 02 de marzo del 2023 y con fecha de recepción del mismo día, se procede en notificar la Resolución Parcial de la Orden de Compra 4503709583, por acumulación de penalidad máxima.

Que, a consecuencia del punto anterior y en amparo del Decreto Legislativo N° 1071 “Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje”, su representada viene desarrollando las acciones del inicio de un proceso arbitral, por tales razones nos encontramos ante un posible conflicto, según así se determine por la instancia correspondiente, en el cual tanto su representada como la Entidad nos constituimos como partes, y sobre la cual se efectuará una posible dirimencia.

En tal sentido, se considera que la solicitud efectuada contraviene el debido proceso y la estrategia de defensa dentro de los procedimientos que deriven de los hechos antes mencionados.

Sin embargo, se hace de su conocimiento que su solicitud será elevada a la Central de ESSALUD – Lima ello a efectos de emitirse el pronunciamiento correspondiente. (...)

(ii) la Carta N° 238-GRAAR-ESSALUD-2023 de fecha 24 de abril de 2023, remitida mediante correo electrónico de la misma fecha, mediante la cual se comunica a la recurrente una prórroga de plazo que vencería el mismo día de emitido dicho documento (24 de abril de 2023), para cuyo efecto se invocó el literal g) del artículo 11 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-JUS¹.

Sobre el particular, la recurrente señala que no ha recibido la información solicitada, precisando además que “(...) *mi representada no se encuentra en proceso de arbitraje con EsSalud, ni mucho menos ante un conflicto (...)*”.

Mediante la Resolución N° 001816-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA² se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública, así como la formulación de sus descargos, siendo que hasta la fecha no se recibió documentación alguna.

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, exceptuando las 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 de la Ley de Transparencia 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 de la Ley de Transparencia señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se

¹ En adelante, Ley de Transparencia.

² Resolución notificada a la entidad con fecha 9 de junio de 2023, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia.

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.

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 debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley.

Añade, el primer párrafo del artículo 18 del mismo cuerpo normativo que los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la información solicitada es pública, y en consecuencia, corresponde su entrega a la recurrente.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

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

“La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos.”

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

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”.

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 cuenten o no tengan 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.

Siendo ello así, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de la administración pública, de modo que la información que las entidades posean, administren o hayan generado como consecuencia del ejercicio de sus facultades, atribuciones o el cumplimiento de sus obligaciones, sin importar su origen, utilización o el medio en el que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública.

Ahora bien, en el presente caso la recurrente solicitó “*DOCUMENTO DIRIGIDO AL COLEGIO DE INGENIEROS DEL PERU, A TRAVES DEL CUAL EL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD HA SOLICITADO PERITAJE TECNICO Y/O ALGUN TIPO DE INTERVENCION A LA INFRAESTRUCTURA EJECUTADA POR MI REPRESENTADA MEDIANTE **ORDEN DE COMPRA N° 4503709583** (CONTRATACION DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA POR CONTINGENCIA COVID-19 UPSS DE LA UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS (UCI) DEL HOSPITAL III YANAHUARA DE LA RED ASISTENCIAL AREQUIPA -ESSALUD)*”, siendo que la administrada interpuso el recurso de apelación en aplicación del silencio administrativo negativo.

Sobre el particular, este Colegiado advierte que obra en autos: **(1)** la Carta N° 109-OA.JOA.GRAAR ESSALUD 2023, recepcionada por la recurrente con fecha 21 de abril de 2023, donde la entidad señala lo siguiente: **(i)** se notificó la Resolución Parcial de la Orden de Compra 4503709583; **(ii)** hace alusión a un posible conflicto derivado de un proceso arbitral que vendría promoviendo la recurrente; y **(iii)** que la petición informativa sería elevada a la sede central de la entidad en la ciudad de Lima para que se emita pronunciamiento correspondiente; y **(2)** la Carta N° 238-GRAAR-ESSALUD-2023, remitida mediante correo electrónico de fecha 24 de abril de 2023, mediante la cual se comunica a la recurrente una prórroga de plazo que vencería el mismo día de emitido dicho documento (24 de abril de 2023), para cuyo efecto se invocó el literal g) del artículo 11 de la Ley de Transparencia.

En ese sentido, corresponde a esta instancia emitir el presente pronunciamiento, analizando dichos documentos a la luz de la normativa en transparencia y acceso a la información pública.

Respecto de la respuesta contenida en la Carta N° 238-GRAAR-ESSALUD-2023

Sobre el particular, en primer lugar, se debe tomar en consideración el literal g) del artículo 11 de la Ley de Transparencia, que señala que: “Excepcionalmente, cuando sea materialmente imposible cumplir con el plazo señalado en el literal b) debido a causas justificadas relacionadas a la comprobada y manifiesta falta de capacidad logística u operativa o de recursos humanos de la entidad o al significativo volumen de la información solicitada, por única vez *la entidad debe comunicar al solicitante la fecha en que proporcionará la información solicitada de forma debidamente fundamentada, en un plazo máximo de dos (2) días hábiles de recibido el pedido de información*” (subrayado agregado).

Al respecto, se aprecia que la entidad remitió a la recurrente la Carta N° 238-GRAAR-ESSALUD-2023 TNO/TAIP mediante correo electrónico de fecha 24 de abril de 2023, haciendo alusión a la facultad de prorrogar el plazo para la entrega de la información, debiéndose precisar que el requerimiento de la administrada fue presentado con fecha 11 de abril de 2023, por lo cual la prórroga fue comunicada fuera del plazo legal respectivo, por tanto correspondía que la solicitud de información sea atendida en el plazo establecido en el literal b) del artículo 11 de la Ley de Transparencia.

Respecto de la respuesta contenida en la Carta N° 109-OA.JOA.GRAAR ESSALUD 2023

Ahora bien, se debe precisar que la entidad no ha fundamentado alguno de los supuestos de excepción establecidos en la norma de la materia que limite el acceso a la información pública, conforme lo dispone expresamente el artículo 18 de la Ley de Transparencia. En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que les 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, estando a que la entidad no ha cuestionado el carácter público de la información requerida ni tampoco ha acreditado que la misma se encuentre protegida por alguna excepción regulada en la Ley de Transparencia, su naturaleza pública se encuentra plenamente vigente.

Adicionalmente, esta instancia considera necesario 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, de modo ilustrativo puede citarse el pronunciamiento del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de México –INAI, que en el criterio contenido en las RRA

0003/16, RRA 0100/16 y RRA 1419/16 ha establecido que: “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).

En tal virtud, conforme a los criterios jurisprudenciales citados, la respuesta a una solicitud de acceso a la información pública debe ser congruente con lo requerido, entregando la información específicamente requerida o precisando si la entidad no cuenta o no tiene la obligación de contar con la misma, debiendo informar dicha circunstancia al solicitante de manera clara y precisa.

Sin embargo, la entidad no ha cumplido dichas exigencias, ello debido a que la respuesta brindada no es congruente con el requerimiento de la administrada referido de manera expresa a “DOCUMENTO DIRIGIDO AL COLEGIO DE INGENIEROS DEL PERU, A TRAVES DEL CUAL EL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD HA SOLICITADO PERITAJE TECNICO Y/O ALGUN TIPO DE INTERVENCION A LA INFRAESTRUCTURA EJECUTADA POR MI REPRESENTADA MEDIANTE ORDEN DE COMPRA N° 4503709583 (CONTRATACION DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA POR CONTINGENCIA COVID-19 UPSS DE LA UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS (UCI) DEL HOSPITAL III YANAHUARA DE LA RED ASISTENCIAL AREQUIPA -ESSALUD)”, siendo que la entidad se refiere en su respuesta a la resolución parcial de la Orden de Compra 4503709583, sin pronunciarse en específico sobre el pedido formulado dentro del presente procedimiento.

Por lo que resulta válido colegir que la respuesta brindada a través de la Carta N° 109-OA.JOA.GRAAR ESSALUD 2023 de fecha 20 de abril de 2023 a la recurrente en el caso de autos, deviene en incompleta e imprecisa debido a lo expuesto previamente, conforme a la jurisprudencia previamente anotada.

Por otro lado, se aprecia que a través de la mencionada carta, la entidad hizo alusión a un presunto proceso arbitral que habría promovido la recurrente.

Sobre el particular, este Tribunal aprecia que el Decreto Legislativo N° 1071 contiene una cláusula de confidencialidad referida a la información que se produce en un proceso arbitral. En efecto, de acuerdo al artículo 51 de dicho texto normativo, dicha confidencialidad se regula de la siguiente manera:

“Artículo 51.- Confidencialidad y publicidad

1. *Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.*

2. *Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.*

3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte” (subrayado agregado).

De acuerdo a esta norma, en el caso de los arbitrajes con el Estado, dicha confidencialidad tiene un límite temporal, determinado por la conclusión del proceso arbitral, y se refiere únicamente respecto a las actuaciones arbitrales y el laudo.

En el caso de autos, la entidad no ha identificado correctamente el proceso arbitral en el que la documentación solicitada por la recurrente se encontraría inmersa en calidad de actuación arbitral, toda vez que no señaló el número del expediente arbitral, ni la etapa del mismo, ni algún detalle respecto al objeto de la controversia del referido procedimiento arbitral, pese a que le corresponde a ésta la carga de acreditar dicha circunstancia.

En ese contexto, la entidad no ha acreditado ante esta instancia que la información solicitada por la recurrente corresponde a una actuación arbitral que se encuentra dentro del ámbito de protección de confidencialidad contemplado en el artículo 51 del Decreto Legislativo 1071; y, por ende, en la excepción al acceso a la información pública establecida en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, la cual establece que: *“Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.”*

En consecuencia, al no haberse desvirtuado la presunción de publicidad que pesa sobre toda información en poder del Estado, la referida información mantiene su carácter público.

Por tanto, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que proporcione la documentación pública requerida; o, en caso de inexistencia de la misma, informe de manera clara y precisa respecto de dicha circunstancia a la recurrente, conforme lo dispuesto en el precedente de observancia obligatoria emitido por esta instancia mediante Resolución N° 010300772020³.

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

³ Dentro de ese marco, en el supuesto de inexistencia de la información requerida, es importante resaltar que mediante la Resolución N° 010300772020 emitida por esta instancia y publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 11 de febrero de 2020, se declaró precedente administrativo de observancia obligatoria lo siguiente: *“Las entidades no podrán denegar el acceso a la información pública, argumentando únicamente que la documentación requerida no ha sido creada por ésta, atendiendo a que el derecho de acceso a la información pública abarca no solamente la posibilidad de obtener aquella que ha sido generada por la propia institución, sino también a la que no siendo creada por ésta, se encuentra en su posesión. En tal sentido, cuando las entidades denieguen el acceso a la información pública en virtud a la inexistencia de la documentación requerida, deberán previamente verificar mediante los requerimientos a las unidades orgánicas que resulten pertinentes si la información: i) fue generada por la entidad; y, ii) si ha sido obtenida, se encuentra en su posesión o bajo su control; asimismo, **luego de descartar ambos supuestos, deberán comunicar de manera clara y precisa dicha circunstancia al solicitante**”.* (subrayado y resaltado agregado)

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 el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 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:

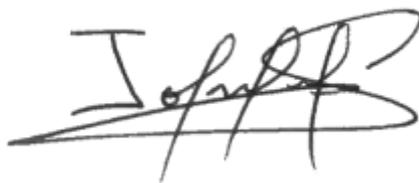
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 01337-2023-JUS/TTAIP, interpuesto por **REGALMA EIRL**; en consecuencia, **ORDENAR** al **SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL AREQUIPA** que entregue la información pública requerida, conforme a los argumentos expuestos 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 **SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL AREQUIPA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **REGALMA EIRL**.

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 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 **REGALMA EIRL** y al **SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL AREQUIPA**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes citada.

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 MUELLE
Vocal

vp: vlc