



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 003529-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 03310-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **FRESENIUS KABI PERÚ S.A.**
Entidad : **ESSALUD**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 27 de noviembre de 2023

VISTO: El Expediente de Apelación N° 03310-2023-JUS/TTAIP de fecha 27 de setiembre de 2023, interpuesto por **FRESENIUS KABI PERÚ S.A.**, contra el correo electrónico de fecha 12 de setiembre de 2023, mediante el cual **ESSALUD**, responde a la solicitud de acceso a la información pública presentada el 29 de agosto de 2023, de acuerdo a lo indicado por el recurrente.

I. ANTECEDENTES

El recurrente con fecha 29 de agosto de 2023, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, solicitó a la entidad la siguiente información:

"copia del documento administrativo que ordenó la devolución de la CARTA FIANZA"¹

Asimismo, con el correo electrónico de fecha 12 de setiembre de 2023, la entidad da respuesta a la solicitud del recurrente, señalando que: *"Por la presente reciba mis saludos a la vez me dirijo a usted, en atención al documento del Asunto, el cual solicita Acceso a la Información Pública referente a la documentación de la empresa "Fresenius Kabi Perú S.A.", indicar lo siguiente: Al respecto, sobre los requerimientos solicitados copia de la resolución administrativa de la resolución del Contrato N° 4600052453, se informa que se ha realizado la búsqueda de la información solicitada en el expediente de la Subasta Inversa Electrónica N° 21-2018-CENARES/MINSA "Adquisición de Productos Farmacéuticos - compra corporativa para abastecimiento 2019 - 2020", el cual se informa que no se ha hallado un documento que contenga la solicitada resolución, por lo que conforme al artículo 13 de la Ley N° 27806 - Ley de transparencia y acceso a la información pública: "(...) 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. Respecto del segundo punto en el que solicita el documento administrativo que ordene la devolución de la Carta de Fianza, se están haciendo las coordinaciones con la Oficina de Tesorería solicitando la Información". (Énfasis y subrayado agregado)*

¹ Solo se hace mención a uno de los pedidos, ya que el recurrente solo apela sobre ese extremo.

Con fecha 27 de setiembre de 2023, el recurrente presentó ante este tribunal el recurso de apelación materia de análisis, señalando que hasta la fecha no se le entregó copia del documento administrativo que ordenó la devolución de la CARTA FIANZA.

Mediante la Resolución N° 003339-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA² se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos.

Hasta la fecha de la presente resolución la entidad no remitió el expediente administrativo ni formuló de sus descargos.

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-JUS³, 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.

Por su parte, 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.

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

Adicionalmente a ello, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁸, 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 contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la entidad debe entregar, conforme a ley, la información solicitada por el recurrente.

² Resolución de fecha 13 de noviembre de 2023, la cual fue debidamente notificada a la Mesa de Partes Virtual de la entidad el día 21 de noviembre de 2023.

³ En adelante, Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Sobre el particular, es criterio de este Tribunal que 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:

- “(…)
5. *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:

- “(…)
8. (...) *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, las excepciones a la publicidad únicamente se encontrarían previstas en la Ley de Transparencia y por leyes especiales, siempre que expresamente lo dispongan, ya que las normas de excepción o restrictivas de derechos se interpretan de manera restrictiva.

Siendo ello así, corresponde a este colegiado analizar si la entidad dejó de atender la solicitud de acceso a la información pública presentada por la recurrente conforme a lo dispuesto por la Ley de Transparencia.

2.3 Respecto a la información solicitada

Al respecto, el recurrente con fecha 29 de agosto de 2023, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, solicitó a la entidad la siguiente información:

“copia del documento administrativo que ordenó la devolución de la CARTA FIANZA”⁴

⁴ Solo se hace mención a uno de los pedidos, ya que el recurrente solo apela sobre ese extremo.

Asimismo, con el correo electrónico de fecha 12 de setiembre de 2023, la entidad da respuesta a la solicitud del recurrente, señalando que: *“Por la presente reciba mis saludos a la vez me dirijo a usted, en atención al documento del Asunto, el cual solicita Acceso a la Información Pública **referente a la documentación de la empresa "Fresenius Kabi Perú S.A."**, indicar lo siguiente: Al respecto, sobre los requerimientos solicitados copia de la resolución administrativa de la resolución del Contrato N° 4600052453, se informa que se ha realizado la búsqueda de la información solicitada en el expediente de la Subasta Inversa Electrónica N° 21-2018-CENARES/MINSA "Adquisición de Productos Farmacéuticos - compra corporativa para abastecimiento 2019 - 2020", el cual se informa que no se ha hallado un documento que contenga la solicitada resolución, por lo que conforme al artículo 13 de la Ley N° 27806 - Ley de transparencia y acceso a la información pública: "(...) La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuenta o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. Respecto del segundo punto en el que solicita el documento administrativo que ordene la devolución de la Carta de Fianza, se están haciendo las coordinaciones con la Oficina de Tesorería solicitando la Información". (Énfasis y subrayado agregado)*

Con fecha 27 de setiembre de 2023, el recurrente presentó ante este tribunal el recurso de apelación materia de análisis, señalando entre otras cosas que hasta la fecha no se le entregó copia del documento administrativo que ordenó la devolución de la carta fianza.

De lo señalado en el recurso de apelación del recurrente, en el presente caso este tribunal solo se pronunciará sobre la petición referida al **documento administrativo que ordenó la devolución de la carta fianza**.

Sobre el pedido de acceso al expediente

Al respecto, con correo electrónico de fecha 12 de setiembre de 2023, la entidad da respuesta a la solicitud del recurrente, señalando que: *“Por la presente reciba mis saludos a la vez me dirijo a usted, en atención al documento del Asunto, el cual solicita Acceso a la Información Pública **referente a la documentación de la empresa "Fresenius Kabi Perú S.A.(...)"***

De ello, se aprecia en mérito a lo señalado en el correo electrónico de fecha 12 de setiembre de 2023, que el presente caso trata sobre un pedido de acceso al expediente, ya que el recurrente es parte en el expediente solicitado, tal como lo indicó la entidad

Sobre el particular, ello cabe indicar que el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1353⁵, establece que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública es competente para conocer las controversias que se susciten en dichas materias. Añade el numeral 1 del artículo 7° del mismo texto que dicha instancia tiene, entre otras, la función de resolver los recursos de apelación contra las decisiones de las entidades comprendidas en el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁶, en materia de transparencia y acceso a la información pública;

Asimismo, el artículo 2 del artículo del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado mediante DS N° 072-2003-PCM, establece en el texto vigente de su último párrafo, que: *“El derecho de las partes de acceder a la información contenida en expedientes administrativos se ejerce de acuerdo a lo establecido en el Artículo 160 de la Ley N°*

⁵ 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 Gestión de Intereses.

⁶ En adelante, Ley N° 27444.

27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, **sin perjuicio de la vía procesal que el solicitante de la información decida utilizar para su exigencia en sede jurisdiccional.**" (Énfasis agregado)

Ahora bien, el texto del artículo 160⁷ de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su versión original decía:

"Artículo 160.- Acceso a la información del expediente

160.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del Artículo 20 de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente.

160.2 El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental".

Mediante el Decreto Legislativo N° 1272, se modificó el numeral 160.2 del artículo 160 de la Ley N° 27444 antes citado, en los siguientes términos:

"(...) 160.2 El pedido de acceso al expediente puede hacerse verbalmente, sin necesidad de solicitarlo mediante el procedimiento de transparencia y acceso a la información pública, siendo concedido de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental." (Subrayado agregado)

Además, el Decreto Legislativo N° 1272 se incorporó en el Título Preliminar de la Ley N° 27444, como Principio del procedimiento administrativo al de acceso permanente, conforme al siguiente texto:

"Art. IV: El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.19. Principio de acceso permanente. *La autoridad administrativa está obligada a facilitar información a los administrados que son parte en un procedimiento administrativo tramitado ante ellas, para que en cualquier momento del referido procedimiento puedan conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en dicho procedimiento, sin perjuicio del derecho de acceso a la información que se ejerce conforme a la ley de la materia."* (Subrayado agregado)

⁷ Hoy, artículo 171 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Mediante Resolución de Sala Plena N° 000001-2022-SP, se aprobó como lineamiento 18 que:

“El derecho de acceso a la información pública es ejercido conforme a los plazos y procedimientos establecido en la Ley de Transparencia. No forma parte del derecho de acceso a la información pública, el derecho de todo administrado de acceder a la información contenida en un expediente administrativo del cual es parte, cuyo acceso le corresponde de manera inmediata y sin las restricciones establecidas en la Ley de Transparencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.”
(Subrayado agregado)

Al respecto, es oportuno indicar que, conforme a la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1272, el texto del Artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444 dispone, que:

- 1) La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.*
- 2) **Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.***
- 3) **Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.*** (Énfasis agregado)

Ahora bien, efectuando una interpretación sistemática de las normas antes citadas, los suscritos estiman que no puede desconocerse la libertad de la persona de elegir el procedimiento que considere más adecuado para satisfacer sus necesidades o intereses; correspondiendo que, en caso se presentase un recurso de apelación ante esta instancia para acceder a información que concierne al expediente de un procedimiento administrativo en el cual el solicitante es parte, dicho recurso se tramite como una solicitud de acceso a la información pública.

Con relación a lo antes indicado, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos Jurídicos 6 y 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04886-2009-HD/TC, ha señalado que la protección del derecho constitucional de acceso a la información pública debe ser priorizado frente a cuestiones meramente procedimentales, al señalar que:

“6. Ahora bien, en el presente caso la Municipalidad emplazada ha controvertido el hecho de que el demandante haya solicitado información a través de lo dispuesto en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, siendo que correspondía, según ella tramitarse de acuerdo a lo dispuesto en la Ordenanza Municipal N° 069-MSS, que regula el arancel de costas y gastos del procedimiento de ejecución coactiva de dicha Municipalidad.

7. Al respecto, este Colegiado considera irrelevante determinar cuál era el procedimiento pertinente. Lo cierto es que, por tratarse de una solicitud que tiene su amparo en el ejercicio de un derecho constitucional, el derecho de acceso a la información pública, la negativa a tramitarla no pueda estar basada en cuestiones meramente procedimentales, sino que debe ser sustentada en aquellos límites planteados por el legislador para el ejercicio del derecho constitucional invocado, es decir, la seguridad nacional y el respeto de la intimidad personal, cuyos

supuestos se encuentran regulados por el artículo 15° de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”. (Subrayado agregado)

Adicionalmente, es preciso indicar que en relación a la afirmación de que el derecho de acceso al expediente administrativo no tiene las restricciones ni los condicionamiento previstos por el derecho de acceso a la información pública, respecto de las excepciones, plazos y requisitos previstos en la Ley de Transparencia, los suscritos consideran que tal afirmación no resulta del todo cierta, pues aun cuando el numeral 3 del artículo 66 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 reconoce que el administrado tiene derecho a “Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos (...)”; ***la parte final de dicho numeral, en concordancia con el numeral 171.1 del artículo 171 de la misma norma, dispone que el acceso sí contempla limitaciones recogidas expresamente por ley***⁸.

Sobre el pedido de información

De autos se puede verificar que la entidad en el correo electrónico de fecha 12 de setiembre de 2023 ha señalado que: “Respecto (...) en el que solicita el documento administrativo que ordene la devolución de la Carta de Fianza, se están haciendo las coordinaciones con la Oficina de Tesorería solicitando la información”.

De lo anterior se observa que la entidad no ha negado la publicidad de la información, no ha negado su posesión (por el contrario, señaló que realiza coordinaciones para entregar dicha información), ni ha alegado causal de excepción alguna que limite su acceso, por lo que la presunción de publicidad que recae sobre dicha información se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada. De ello se desprende que la información solicitada por el recurrente es de naturaleza pública y por lo tanto es de acceso público.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que eventualmente la documentación solicitada por el recurrente pueda contar con información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia. En cuanto a ello, de manera ilustrativa, con relación a la protección de información de naturaleza íntima, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 6, 7, 8 y 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, analizó la entrega de la ficha personal de una servidora pública, documento que contiene información de carácter público como son los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas, así como datos de carácter privado, entre otros, los datos de individualización y contacto, siendo posible tachar éstos últimos y de esa forma 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*

⁸ Art 171.1. Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. **Sólo se exceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del Artículo 20 de la Constitución Política.** Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente. (...) (Énfasis agregado)

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 peticionado, previo pago del costo de reproducción". (subrayado agregado)

En atención a lo expuesto, cabe destacar que en caso de existir en un documento información pública y privada, esta última debe separarse o tacharse, a fin de facilitar la entrega de la información pública que forma parte del documento, ello acorde con el artículo 19 de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado y ordenar a la entidad que proceda a la entrega al recurrente de la información pública requerida⁹, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

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

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

⁹ Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

SE RESUELVE:

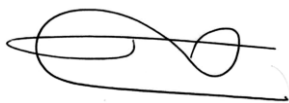
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **FRESENIUS KABI PERÚ S.A.**; en consecuencia, **ORDENAR** a **ESSALUD** que entregue la información solicitada por el recurrente, de acuerdo a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a **ESSALUD** que, en un plazo máximo de (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución respecto a la información solicitada por **FRESENIUS KABI PERÚ S.A.**

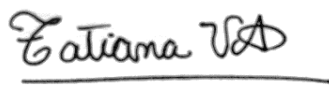
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- DISPONER que la Secretaría Técnica de este Tribunal realice la notificación de la presente resolución a **ESSALUD** y a **FRESENIUS KABI PERÚ S.A.** conforme a ley.

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



LUIS AGURTO VILLEGAS
Vocal



TATIANA AZUCENA VALVERDE ALVARADO
Vocal

vp:lav

VOTO SINGULAR DEL VOCAL SEGUNDO ULISES ZAMORA BARBOZA

Con el debido respeto por mis colegas Vocales de la Primera Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dentro del marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10-D del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS¹⁰, discrepo de la resolución de mayoría que declara fundado el recurso de apelación el cual considero debe declararse **IMPROCEDENTE**. Las razones que fundamentan mi posición son las siguientes:

Respecto a la entrega de la documentación solicitada, se debe mencionar que el cuarto párrafo del artículo 2 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM¹¹, en el cual se define el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información, señala expresamente que: *“El derecho de las partes de acceder a la información contenida en expedientes administrativos se ejerce de acuerdo a lo establecido en el Artículo 160 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sin perjuicio de la vía procesal que el solicitante de la información decida utilizar para su exigencia en sede jurisdiccional”* (subrayado agregado).

Asimismo, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, a través de la Opinión Consultiva N° 42-2019-JUS/DGTAIPD, específicamente en las conclusiones de la referida opinión, precisó lo siguiente: *“1. La Ley 27806 no resulta aplicable para la atención de todos los pedidos de información que presentan los ciudadanos ante las entidades de la Administración Pública. Por ello, corresponde a éstas determinar el marco normativo aplicable a cada pedido de información que reciben, según su naturaleza. 2. El derecho de acceso a la información contenida en un expediente administrativo reconocido a las partes del procedimiento, se desprende del derecho al debido procedimiento en sede administrativa, por cuanto permite que el administrado – a partir de la información que obtiene – active los mecanismos que le provee el propio procedimiento para cuestionar o contradecir las decisiones de la administración pública que puedan afectarle. 3. Los administrados que son parte de un procedimiento administrativo gozan de un acceso amplio, inmediato e ilimitado a la información que obra en su expediente administrativo dado que no requieren de formalidad alguna para ejercerlo ni de una resolución autoritativa para recibir la información solicitada. Supeditar el derecho de acceso de las partes a la información contenida en expedientes administrativos al procedimiento regulado en la Ley N° 27806, contravendría su esencia”* (subrayado agregado).

En esa línea, el artículo 160 de la Ley N° 27444 antes referido se encuentra actualmente recogido en el artículo 171 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹² disponiéndose en el inciso 171.1 del citado artículo que: *“Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas (...)”* (subrayado agregado)

¹⁰ Artículo 10-D.- Funciones de los Vocales
El vocal tiene las siguientes funciones:
(...)

3) Participar y votar en las sesiones de la Sala que integra; así como, expresar las razones de su voto singular o discrepante.

¹¹ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

¹² Conforme al Principio de Informalismo contenido en el numeral 1.6 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

El inciso 171.2 del mencionado artículo 171 de la Ley N° 27444 precisa la forma de realizar el pedido de información por derecho de acceso al expediente, indicándose que: “El pedido de acceso al expediente puede hacerse verbalmente, sin necesidad de solicitarlo mediante el procedimiento de transparencia y acceso a la información pública, siendo concedido de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental”. (subrayado agregado).

Con relación a los derechos de los administrados sujetos a un procedimiento administrativo el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 señala que “(...) gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios” (subrayado agregado).

Conforme se advierte de las referidas normas, el derecho de acceso a la información pública tiene un contenido distinto al derecho de petición o al derecho de acceso al expediente administrativo, correspondiendo este último al ejercicio del derecho de defensa de un administrado en cualquier procedimiento administrativo en el que es o ha sido parte, al mantener un interés legítimo, directo, prioritario y efectivo en acceder a la información relacionada directamente con el administrado o sus intereses, por lo que goza de una protección especial, directa, rápida y eficaz.

El derecho de acceso al expediente administrativo no tiene las restricciones ni los condicionamientos previstos por el derecho de acceso a la información pública, respecto de las excepciones, plazos y requisitos previstos en la Ley de Transparencia, norma que está concebida para que terceros ajenos a un procedimiento administrativo que no tienen el derecho de acceder de forma directa e inmediata a dicha información, a diferencia de quien es parte de un expediente administrativo.

Ahora bien, estando a lo antes expuesto se verificó que el recurrente es parte de en dicho procedimiento; en ese contexto, la información solicitada por la entidad le concierne; razón por la cual, no corresponde ser tratado bajo los alcances de la Ley de Transparencia; en consecuencia, considero que este colegiado no es competente para emitir pronunciamiento al respecto.

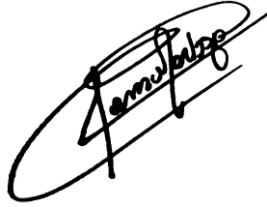
Ahora bien, de acuerdo al artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1353, señala que “(...) El Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública es un órgano resolutorio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que constituye la última instancia administrativa en materia de transparencia y derecho al acceso a la información pública a nivel nacional. Como tal es competente para resolver las controversias que se susciten en dichas materias (...)” (subrayado agregado).

Asimismo, el numeral 1 del artículo 7 del mismo cuerpo normativo, establece que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene por función “Resolver los recursos de apelación contra las decisiones de las entidades comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en materias de transparencia y acceso a la información pública (...)” (subrayado agregado).

De igual modo, el numeral 93.1 del artículo 93 de la Ley N° 27444 establece que cuando un órgano administrativo estime que no es competente para la tramitación o resolución de un asunto, debe remitir directamente las actuaciones al órgano que considere

competente, con conocimiento del administrado; en tal sentido, corresponde remitir el pedido formulado por el recurrente al órgano competente para su atención, esto es a la propia entidad, para su conocimiento y fines pertinentes, de acuerdo a su competencia.

En consecuencia, mi voto es que se declare **IMPROCEDENTE** la solicitud del recurrente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ulises Zamora Barboza', is enclosed within a large, hand-drawn oval.

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente