



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

PRIMERA SALA

Resolución N° 010304192020

Expediente : 00082-2018-JUS/TTAIP
Recurrente : **FARMEX S.A.**
Entidad : **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación.

Miraflores, 3 de julio de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00082-2018-JUS/TTAIP de fecha 22 de marzo de 2018, interpuesto por **FARMEX S.A.**¹, representada por Marysabel Colette Salas Sierralta, contra la respuesta contenida en la Carta N° 063-2018-RILTTAIP/INS notificada el 12 de marzo de 2018, a través de la cual el **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD**² denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada por la recurrente con fecha 23 de febrero de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 23 de febrero de 2018, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó a la entidad copia simple de *“(...) los oficios remitidos por la Dirección General Intervenciones Estratégicas en Salud Pública del Ministerio de Salud hacia la Jefatura del Instituto Nacional de Salud (INS) en el periodo de enero a febrero del 2018 respecto a la ‘Evaluación de la eficacia y residualidad en condiciones de laboratorio para Pylariv 0.5% G comparación con Sumilarv 0.5G-diciembre 2017’”*. (sic)

Mediante correo electrónico de fecha 9 de marzo de 2018, la entidad comunicó a la recurrente que ya contaban con la respuesta a la entidad, solicitándole se sirva acercarse a recogerla, previo pago del costo de reproducción.

El 12 de marzo de 2018, la entidad notificó a la recurrente la Carta N° 063-2018-RILTTAIP/INS³, a través de la cual indicó que la *“(...) información documental solicitada se encuentra inmersa en un expediente que viene siendo evaluado por las instancias competentes y no cuenta con informe final, motivo por el cual, y hasta que no se cuente con el respectivo informe final, no podrá atenderse los solicitado; mismo*

¹ En adelante, la recurrente.

² En adelante, la entidad.

³ Carta a la que se adjuntó el Memorando N° 013-2018-SJ-OPE/INS y la Nota Informativa N° 074-2018-DG-CNSP/INS, ambos de fecha 6 de marzo de 2018.

*que se sustenta en la excepción de información confidencial establecida en el numeral 1 del artículo 17° del Texto Único Ordenado de Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública*⁴.

Con fecha 22 de marzo de 2018, la recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, manifestando su disconformidad respecto de la respuesta otorgada por la entidad, indicando que lo alegado no se ajusta a los requisitos de confidencialidad que establece el numeral 1 del artículo 17 Texto Único Ordenado de Ley N° 27806, siendo una vulneración al artículo 18 de la citada norma.

A través del Oficio N° 018-2018-SJ-OPE/INS, recibido por esta instancia el 5 de abril de 2018, la entidad remitió copia de los antecedentes referidos al recurso de apelación interpuesto por la recurrente.

Con fecha 26 de abril de 2018, mediante el Oficio N° 023-2018-SJ-OPE/INS la entidad remitió a esta instancia el Informe N° 009-2018-RILTAIP/INS, conteniendo el Memorandum N° 576-2018-DG-CNSP/INS, indicando que con nota Informativa N° 74-2018-DG-CNSP/INS se informó a la Jefatura de la entidad que la información solicitada *“(...) se encontraba inmersa en un expediente que estaba siendo evaluado por las instancias competentes y que no cuenta con informe final; motivo por el cual, (...) no podrá atenderse lo solicitado”*.

Asimismo, refirió que *“(...) se reitera que la decisión adoptada respecto a proporcionar copia de documento(s) cursado por DIGIESP al INS, haciendo la salvedad de que lo solicitado no ha sido creado, producido o generado por nuestra Institución y, en cumplimiento a lo preceptuado en el texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública” de acuerdo al artículo 13°, la decisión se sustentó en la expedición prevista en el inciso 1° del Artículo 17° de la citada norma”*. (Subrayado agregado)

Además, indicaron que *“(...) se consideró tener en reserva los documentos que comprenden al expediente que forma parte del referido estudio, por encontrarse en proceso deliberativo de evaluación, precisándose que hasta no contar con el respectivo informe final, no podría atenderse lo solicitado. Debiendo considerarse además que, para el resultado de estudios, evaluaciones constituyen elementos relevantes para la toma de decisiones por parte del ente rector Ministerio de Salud el cual forma parte del gobierno central”*

Mediante Resolución N° 010104092020⁵ 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” los cuales fueron presentados en la fecha a través del Oficio N° 1165-2020-JEF-OPE/INS, el cual adjunta el Informe N° 05-2020-LAB.ENT-DEET-CNSP/INS de fecha 1 de julio de 2020, en el cual se ratifican en la denegatoria efectuada alegando la casual contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, agregando que la documentación requerida no fue creada ni generada por la entidad.

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

⁴ La referida excepción a la norma de transparencia se encuentra en la actualidad el en numeral 1 del artículo 17 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-JUS.

⁵ Resolución de fecha 18 de junio de 2020.

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-JUS⁶, 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 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.

Añade el cuarto párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo señala que dicha ley no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, ni obliga a las entidades a elaborarlos.

A su vez el numeral 1 del artículo 17 de la misma norma señala que el derecho de acceso a la información pública tiene como excepción “[l]a información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones”.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 18 de la misma ley señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos 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 aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por la recurrente se encuentra incluida en la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia por tratarse de información confidencial.

2.2 Evaluación

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

“La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente,

⁶ En adelante, Ley de Transparencia.

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 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.

Sobre el particular, la recurrente solicitó copia simple de *“(...) los oficios remitidos por la Dirección General Intervenciones Estratégicas en Salud Pública del Ministerio de Salud hacia la Jefatura del Instituto Nacional de Salud (INS) en el periodo de enero a febrero del 2018 respecto a la ‘Evaluación de la eficacia y residualidad en condiciones de laboratorio para Pyrilarv 0.5% G comparación con Sumilarv 0.5G-diciembre 2017’”, a lo que la entidad indicó que la información requerida está siendo evaluada por las instancias competentes y no cuenta con informe final, conforme el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y que esta no fue creada, producida o generada por la institución, argumentos que fueron reiterados por la entidad a través del Oficio N° 1165-2020-JEF-OPE/INS, el cual adjunta el Informe N° 05-2020-LAB.ENT-DEET-CNSP/INS de fecha 1 de julio de 2020.*

Al respecto, con relación a la aplicación de las excepciones al derecho acceso a la información pública, en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente 2579-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional señala que:

“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 nuestro).

Siendo ello así, corresponde a las entidades que deniegan el acceso a la información pública solicitada por un ciudadano, acreditar fehacientemente que esta se encuentra comprendida en una de las excepciones prevista por la ley; en cuanto a ello, es importante resaltar que en el documento de respuesta a la recurrente, la entidad señaló dicha información se encuentra comprendida en la excepción de confidencialidad prevista en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, manifestando que lo solicitado contiene consejos, recomendaciones u opiniones para la toma de una decisión de gobierno, sin hacer mayor precisión sobre el documento o documentos que contengan las condiciones antes descritas para denegarla.

Respecto a la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00712-2017-PHD/TC, los siguiente:

"La demandada ha afirmado que la denegatoria de la información solicitada se sustenta en que se trata de información exceptuada de acceso, conforme lo establece el artículo 17, inciso 1) de la citada Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública. Según esta disposición se exceptúa de acceso la información:

'(...) que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones' (cursi va añadido).

El concepto central de esta disposición es la de "decisión de gobierno". Están exceptuados, entonces los documentos del proceso de deliberación y de consulta anterior a la adopción de una decisión de gobierno". (subrayado nuestro)

Siendo ello, así se evidencia que no basta alegar la excepción, y en el presente caso la entidad ha omitido indicar y acreditar, de modo general, la temática o contenido de la información solicitada, y si esta corresponde efectivamente a un consejo, recomendación u opinión para la adopción de una decisión de gobierno, el tipo o medida que constituirá la decisión de gobierno por adoptarse, la pertinencia, necesidad o finalidad para concretar dicha decisión de gobierno que requiera mantener en confidencialidad de la información solicitada por la recurrente.

En esa línea, cabe señalar que si bien la entidad denegó el íntegro de la información relacionada con el expediente en mención, ésta no se ha referido a *"(...) los oficios remitidos por la Dirección General Intervenciones Estratégicas en Salud Pública del Ministerio de Salud hacia la Jefatura del Instituto Nacional de Salud (INS) en el periodo de enero a febrero del 2018 (...) "*, siendo estos documentos los que desea obtener la recurrente; por ello, se advierte de autos,

que la mencionada institución no ha cumplido con acreditar la confidencialidad de la documentación materia de la solicitud formulada.

De otro lado, es conveniente señalar que en el caso de autos la entidad ha señalado que *“(...) reitera que la decisión adoptada respecto a proporcionar copia de documento(s) cursado por DIGIEP al INS, haciendo la salvedad de que lo solicitado no ha sido creado, producido o generado por nuestra Institución (...)”*.

En cuanto a ello, es necesario recordar que conforme al artículo 10 de la Ley de Transparencia, *“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”*. (Subrayado agregado)

Siendo esto así, aún cuando la entidad no haya generado la documentación requerida, tienen la obligación de proporcionarla en atención a la Presunción de Publicidad que recae sobre toda información que posee la Administración Pública, conforme lo dispone el artículo 3 de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida⁷.

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.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353⁸;

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **FARMEX S.A., REVOCANDO** lo dispuesto por el **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD** mediante la respuesta contenida en la Carta N° 063-2018-RILTTAIP/INS notificada; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información pública solicitada a la recurrente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR al **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **FARMEX S.A.**

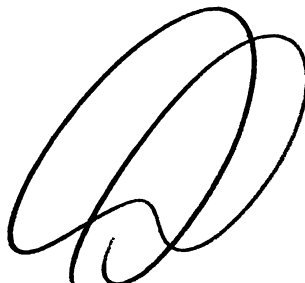
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁷ Salvaguardando, de ser el caso, la información que se encuentre protegida por la Ley de Transparencia.

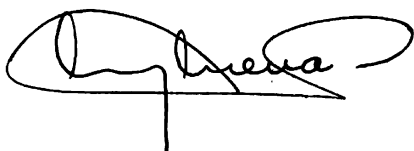
⁸ Que, durante el “Estado de Emergencia Nacional declarado por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación como consecuencia del brote del COVID-19”, a través del numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 026-2020, se suspendió por treinta (30) días hábiles el cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo y negativo. Asimismo, mediante los Decretos Supremos N° 76 y 87-2020-PCM, se prorrogó dicha suspensión, la cual que surtió efectos hasta el 10 de junio de 2020.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **FARMEX S.A.** y al **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

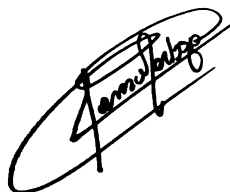
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: uzb