



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020305572020

Expediente : 01424-2020-JUS/TTAIP
Impugnante : **WILMER ANTHONY DEL VILLAR GUERRA**
Entidad : **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 17 de diciembre de 2020.

VISTO el Expediente de Apelación N° 01412-2020-JUS/TTAIP de fecha 16 de noviembre de 2020, interpuesto por **WILMER ANTHONY DEL VILLAR GUERRA** contra el Oficio N° D001115-2020-CPM-OPII que contiene el Memorándum N° D000901-2020-CPM-OGA de fecha 30 de octubre de 2020, mediante el cual la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS** denegó su solicitud de acceso a la información pública de fecha 28 de octubre de 2020, registrado como Expediente N° 2020-0031674.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 28 de octubre de 2020, el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico: *“Copia de los Oficios 0203-2015-PCM/ACAFMIRA/07 y sus anexos (si hubiesen), 0208-2015-PCM/ACAFMIRA/05 y sus anexos (si hubiesen), y 0265-2015-PCM/ACAFMIRA/07 y sus anexos (si hubiesen). Los documentos mencionados han sido mencionados en el Decreto Supremo N° 013-2015-EM”*.

Mediante el Oficio N° D001115-2020-CPM-OPII que contiene el Memorándum N° D000901-2020-CPM-OGA de fecha 30 de octubre de 2020, la entidad comunica al recurrente que no es factible atender su pedido y que *“estando a que la información solicitada es de competencia del Ministerio de Energía y Minas y, considerando 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 la obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, lo que hacemos de su conocimiento según lo previsto por el tercer párrafo del artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, aprobado con Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, concordante con el primer párrafo del artículo 10 del mismo texto normativo. Sin perjuicio de lo expuesto, y en mérito a lo dispuesto por el segundo párrafo del inciso b) del artículo 11 del mencionado texto normativo, la información solicitada ha*

sido reencausada al Minem a través del documento de la referencia b), que se hace de conocimiento para los fines pertinentes”.

Con fecha 16 de noviembre de 2020, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, al considerar que la entidad no ha dado mayores argumentos que el de no custodiar la información solicitada por ser de competencia del Ministerio de Energía y Minas, y que tales documentos existen y han sido emitidos por la Oficina del Ato Comisionado de Formalización de Minería, Interdicción de la Minería Ilegal y Remediación Ambiental- ACAFMIRA, según se dejó constancia expresa de ello en los considerandos del Decreto Supremo N° 013-2015-EM, publicado el 21 de mayo de 2015, por lo que dicha información debería obrar en el acervo documentario de la entidad.

Mediante Resolución N° 020105612020¹ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriéndose a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud del recurrente, así como la formulación de sus descargos.

Mediante el Oficio N° D001259-2020-PCM-OPII de fecha 15 de diciembre de 2020, la entidad remite expediente y formula descargos contenidos en el Memorando N° D003984-2020-PCM-OAA., que contiene el Informe N° D000205-2020-PCM-AC, bajo los siguientes términos:

“2.1. Se adjunta al presente documento el Memorando N° 291-2016-PCM/ACAFMIRA/17 de fecha 05.07.2016, mediante el cual el Alto Comisionado de Asuntos de Formalización de la Minería Interdicción de la Minería Ilegal y Remediación Ambiental (ACAFMIRA), efectúa una única transferencia en la que remite sus documentos correspondientes al año 2013 y 2014, los mismos que mediante Memorando N°01209-2016-PCM/OS de fecha 07.10.2016 son devueltos a ACAFMIRA, toda vez que con D.S. N° 061-2016 de fecha 16.08.2016, se modifica la dependencia o adscripción de ACAFMIRA, de PCM hacia el Ministerio de Energía y Minas.

2.2. De acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior los documentos emitidos por ACAFMIRA correspondientes al año 2013 y 2014, fueron devueltos a la misma unidad orgánica que los generó, por lo que se entiende que los documentos correspondientes al año 2015 emitidos por ACAFMIRA tampoco fueron transferidos al Archivo Central, dicha información se respalda en el anexo 01 del presente documento, en el que se observa que no existe registro de custodia de documentos remitidos por ACAFMIRA.

2.3. Adicional a lo señalado anteriormente, y a fin de agotar todas las búsquedas posibles, se efectuó la revisión del Inventario General de Documentos custodiados por el Archivo Central, así como también se revisó la documentación en físico de los documentos, sin embargo la información requerida por el Sr. Wilmer Anthony del Villar Guerra, no ha sido hallada en el acervo documental custodiado, por el Archivo Central de la Presidencia del Consejo de Ministros, así mismo se adjunta en el Anexo 01 del presente documento, el inventario de documentos custodiados por el Archivo Central, en el cuál, acorde a lo señalado anteriormente no se encuentran los documentos de ACAFMIRA.

2.4. Acorde a lo señalado en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado con D.S. N° 021-2019-JUS, Artículo 10.- Información de acceso público, la cual precisa: “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

¹ Notificada a la entidad el 10 de diciembre de 2020.

obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.” Al respecto se han efectuado todas las acciones necesarias a fin de hallar la información requerida, sin embargo, y acorde a lo señalado en el Artículo 10 del TUO N° 27806, esta no puede ser remitida, toda vez que no se encuentra bajo control, posesión y/o custodia del Archivo Central.

2.5. Así mismo, según lo señalado en el Artículo 13 del TUO de la Ley N° 27806, la misma que señala en el: párrafo 3 “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”, y párrafo 4 “Esta Ley no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean. 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”; el Archivo Central no puede remitir información con la que no cuenta, así como efectuar análisis y/o evaluación de la documentación que, de acuerdo a lo señalado en el presente informe, no contamos”. (Sic)

Asimismo, se alcanza el Oficio N° D001114-2020-PCM-OPII de fecha 30 de octubre de 2020, mediante el cual la entidad traslada la solicitud de acceso a la información pública del recurrente al Ministerio de Energía y Minas, para su atención, conforme a sus competencias.

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 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-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.

Asimismo, el artículo 10 de la citada norma 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 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

² En adelante, Ley de Transparencia.

al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas 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 atención brindada a la solicitud de acceso a la información pública del recurrente, es conforme a la Ley de Transparencia.

2.2. Evaluación

En virtud del Principio de Publicidad, previsto en el artículo 3 de la Ley de Transparencia, el acceso a la documentación en poder de las entidades públicas es la regla, mientras que la reserva es la excepción, conforme al razonamiento expuesto por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4 de su sentencia recaída en el Expediente N° 05812-2006-HD/TC, en el que señala que:

“(...) un Estado social y democrático de Derecho se basa en el principio de publicidad (artículo 39° y 40° de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. Excepcionalmente el acceso a dicha información puede ser restringido siempre que se trate de tutelar otros bienes constitucionales, pero ello de[b]e ser realizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.

Concordante con ello, en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, dicho colegiado estableció que: *“(...) la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción”* (subrayado añadido).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que le corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en confidencialidad la información que haya sido solicitada por un individuo, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento Jurídico 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC:

“(...) 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 añadido).

Siendo ello así, corresponde a las entidades públicas que deniegan el acceso a la información pública solicitada por un ciudadano, acreditar debidamente que la aplicación de excepciones tiene un sustento legal y resulta una medida proporcional.

Ahora bien, de la solicitud del recurrente se observa que la misma se circunscribe al acceso de copias de los Oficios N°s 0203-2015-PCM/ACAFMIRA/07, 0208-2015-PCM/ ACAFMIRA/05), y 0265-2015-PCM/ACAFMIRA/07 y de cada uno sus anexos (si hubiesen), precisando que

dichos documentos han sido mencionados en el Decreto Supremo N° 013-2015-EM. Al respecto, la entidad ha denegado el pedido argumentando que no tiene obligación de entregar información con la que no cuenta, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Transparencia, por lo que ha derivado el pedido al Ministerio de Energía y Minas mediante el Oficio N° D001114-2020-PCM-OPII, por ser de su competencia la atención de dicho pedido. Frente a ello, el recurrente interpuso su apelación, indicando que la información se encuentra en posesión de la entidad. A su vez, la entidad en sus descargos señala haber agotado todas las acciones de búsqueda necesarias para la ubicación de la información, precisando que *“se efectuó la revisión del Inventario General de Documentos custodiados por el Archivo Central, así como también se revisó la documentación en físico de los documentos, sin embargo la información requerida por el Sr. Wilmer Anthony del Villar Guerra, no ha sido hallada en el acervo documental custodiado, por el Archivo Central de la Presidencia del Consejo de Ministros”*.

Al respecto, esta instancia debe destacar que a través del Decreto Supremo N° 061-2016-PCM de fecha 15 de agosto de 2016, se aprueba la adscripción de organismos públicos y la modificación de la dependencia, adscripción o fusión de instancias de la Presidencia de Consejo de Ministros a diversos ministerios, señalando en el numeral 3.1 del artículo 3, lo siguiente:

“Artículo 3.- Modificación de la dependencia o adscripción de Comisiones de la Presidencia el Consejo de Ministros a diversos Ministerios y Organismos Públicos

3.1. Apruébese la modificación de la dependencia o adscripción de las Comisiones de la Presidencia del Consejo de Ministros a los siguientes ministerios y organismos públicos:

a) Ministerio de Agricultura y Riego: Comisión Multisectorial Permanente de Lucha contra la Tala Ilegal – CMLTI;

b) Ministerio de Energía y Minas: Comisión Multisectorial Permanente con el objeto de realizar el Seguimiento de las acciones del Gobierno frente a la Minería Ilegal y el Desarrollo del Proceso de Formalización;

c) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo – CONTRALAFI; y,

d) Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - DEVIDA: Comisión Multisectorial para la Pacificación y Desarrollo Económico Social en el Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro – CODEVRAEM y Comisión Multisectorial para la Pacificación y Desarrollo Económico Social en la Zona del Huallaga – CODEHUALLAGA” (Subrayado agregado).

Adicionalmente a ello, es preciso tener en cuenta que conforme al numeral 2.6 del art. 2 del Decreto Supremo N° 075-2012-PCM, que crea la Comisión Multisectorial Permanente, el Alto Comisionado de Asuntos de Formalización de la Minería, Interdicción de la Minería Ilegal y Remediación Ambiental (ACAFMIRA) el representante titular de la Presidencia del Consejo de Ministros, quien preside la Comisión Multisectorial, tenía la denominación de “Alto Comisionado en asuntos de formalización de la minería, interdicción de la minería ilegal y remediación ambiental”. En esa línea y desde tal fecha el Alto Comisionado de Asuntos de Formalización de la Minería, Interdicción de la Minería Ilegal y Remediación Ambiental (ACAFMIRA) se encuentra adscrito al Ministerio de Energía y Minas.

Por otro lado, con relación a la inexistencia de información en poder de la entidad, el Precedente Vinculante emitido por este Tribunal y publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 11 de febrero de 2020³, ha establecido la siguiente regla:

“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 agregado).

En esa línea, se aprecia que la entidad ha precisado que los documentos generados por el referido Alto Comisionado en los años 2013 y 2014 fueron remitidos a la entidad, al hacerse la transferencia documentaria, pero que ésta los devolvió a dicho funcionario, al haberse dispuesto su adscripción al Ministerio de Energía y Minas, de lo que se colige que los documentos del año 2015 tampoco fueron recibidos en dicha entidad. Esta aseveración, además, se ha acreditado con los requerimientos y respuestas del Archivo Central de la entidad, en los que se precisa que no se encuentran registrados documentos provenientes del aludido Alto Comisionado.

En dicho contexto, es necesario traer a colación lo dispuesto en el literal b) del artículo 11 de la Ley de Transparencia, que establece:

“b) La entidad de la Administración Pública a la cual se haya presentado la solicitud de información debe otorgarla en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, sin perjuicio de lo establecido en el literal g).

En el supuesto que la entidad de la Administración Pública no esté obligada a poseer la información solicitada y de conocer su ubicación o destino, debe reencausar la solicitud hacia la entidad obligada o hacia la que la posea, y poner en conocimiento de dicha circunstancia al solicitante” (Subrayado agregado)

En la misma línea, en el numeral 15-4.2 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁴, se dispone:

“15-A.2 De conformidad con el segundo párrafo del inciso b) del artículo 11 de la Ley, la entidad que no sea competente encausa la solicitud hacia la entidad obligada o hacia la que posea la información en un plazo máximo de dos (2) días hábiles, más el término de la distancia. En el mismo plazo se pone en conocimiento el encausamiento al solicitante, lo cual puede ser por escrito o por cualquier otro medio electrónico o telefónico, siempre que se deje constancia de dicho acto. En este caso, el plazo para atender la solicitud se computa a partir de la recepción por la entidad competente”. (Subrayado agregado)

³ Dicho precedente se encuentra publicado también en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el siguiente enlace: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/02/Resolucio%CC%81n-N%C2%B0-010300772020.pdf>.

⁴ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

En dicho contexto, de autos se advierte que mediante el Oficio N° D001114-2020-PCM-OPII de fecha 30 de octubre de 2020, la entidad traslada la solicitud de acceso a la información pública del recurrente al Ministerio de Energía y Minas, para su atención; sin embargo, de la revisión de autos no figura un cargo que acredite que el Ministerio de Energía y Minas recibió la solicitud del recurrente o haya tomado conocimiento del mismo.

En consecuencia, al no haberse acreditado el reencauce de la solicitud de acceso a la información pública del recurrente a la entidad competente, con un cargo de notificación o documento que acredite dicho traslado, corresponde declarar fundado el recurso de apelación en este extremo, y disponer a la entidad efectuar el reencauce de la referida solicitud, con conocimiento del administrado.

Finalmente, en virtud a lo dispuesto por los artículos 30 y 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.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **WILMER ANTHONY DEL VILLAR GUERRA**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS**, realice el reencauce de la solicitud de acceso a la información pública del recurrente, conforme los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en 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 por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **WILMER ANTHONY DEL VILLAR GUERRA** y a la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS**, 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).

VANESA VERA MUENTE
Vocal Presidenta

VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal

JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

vp: fjlf/ysll