



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010300872019

Expediente : 00002-2017-JUS/TTAIP
Recurrente : ESTUDIO BENITES, FORNO & UGAZ ABOGADOS S.C.R.L.
Entidad : MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA
Sumilla : Se declara fundado en parte, infundado en parte y concluido el procedimiento por sustracción de la materia.

Miraflores, 13 de marzo de 2019.

VISTO el Expediente de Apelación N° 00002-2017-JUS/TTAIP, de fecha 5 de octubre de 2017, interpuesto por **ESTUDIO BENITES, FORNO & UGAZ ABOGADOS S.C.R.L.**, representado por Melissa Nuñez Santti, contra la Carta N° 1184-2017-MML/SGC-FREI, notificada con fecha 7 de setiembre de 2017, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con Registro N° 225933-2017 de fecha 21 de agosto de 2017.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 21 de agosto de 2017, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la Municipalidad Metropolitana de Lima que le entregue:

- a) El documento a través del cual la empresa Línea Amarilla S.A.C. comunicó a la entidad su cambio de accionariado y sus anexos.
- b) El acuerdo de transferencia de acciones a través del cual la empresa VINCI Highways adquirió la titularidad de las acciones de Línea Amarilla S.A.C.

Mediante la Carta N° 1184-2017-MML/SGC-FREI, notificada el 7 de setiembre de 2017, la entidad le comunicó al recurrente que, conforme al Memorando N° 585-2017-MML-GPIP, no pueden brindarle lo solicitado porque se encuentra protegido por la excepción al derecho de acceso a la información pública contenida en el numeral 3 del artículo 17° Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹, concordado con el artículo 324° del Nuevo Código Procesal Penal.

¹ En adelante, Ley de Transparencia.

Con fecha 28 de setiembre de 2017, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis al considerar denegado su pedido, indicando que la entidad aplicó incorrectamente las normas antes mencionadas.

Mediante el Oficio N° 115-2019-MML/SGC², la entidad realizó sus descargos³ respecto del referido recurso, informando a esta instancia que el mencionado Memorando N° 585-2017-MML-GPIP, fue dejado sin efecto en atención al Informe N° 005-2019-MML-GPIP de fecha 6 de marzo de 2019 y que remitirá al recurrente la Carta LAMSAC-MML N° 279-2016 de fecha 2016, a través de la cual Línea Amarilla S.A.C informa a la Municipalidad Metropolitana de Lima sobre las transferencias de acciones de la sociedad concesionaria a la empresa VINCI Highways S.A.S.

Asimismo, la entidad comunicó a estancia que, a través del Oficio N° 122-2019-MML/SGC⁴, notificado el 11 de marzo de 2019, le entregó al recurrente la copia de la referida Carta LAMSAC-MML N° 279-2016.

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.

En este marco, el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia, establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, de acuerdo al literal b) y g) del artículo 11° de la Ley de Transparencia, las entidades de la Administración Pública deben brindar la información pública que les soliciten en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, salvo que, existan 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. En ese sentido, 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.

2.1 Materia de discusión

La controversia consiste en determinar si la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente ha sido atendida de acuerdo a ley.

² Recibido por esta instancia el 7 de marzo de 2019.

³ Requerimiento realizado mediante la Resolución N° 010100682019 de fecha 27 de febrero de 2019.

⁴ Recibido por esta instancia el 12 de marzo de 2019 a través del Oficio N° 128-2019-MML/SGC de fecha 12 de marzo de 2019.

2.2 Evaluación

a) **Sobre la copia del documento de Línea Amarilla S.A.C. que comunica el acuerdo de transferencia de acciones de dicha entidad a la empresa VINCI Highways y sus anexos.-**

Al respecto, se aprecia de autos que mediante el Oficio N° 122-2019-MML/SGC, notificado al recurrente el 11 de marzo de 2019, la entidad le entregó copia de la Carta LAMSAC-MML N° 279-2016 a través de la cual Línea Amarilla S.A.C informó a la Municipalidad Metropolitana de Lima sobre la “*transferencia de participación mínima del socio estratégico*” y la “*transferencia de participación accionaria distinta a la participación mínima*” por parte de Línea Amarilla Brasil Participacoes S.A. a VINCI Highways S.A.S., observándose que dicho documento no tiene anexos.

Cabe señalar que, de la revisión de dicha carta, se evidencia que la empresa Línea Amarilla S.A.C. es una sociedad concesionaria y que la empresa Línea Amarilla Brasil Participacoes S.A. (LAMBRA) que fue la que transfirió sus acciones a favor de Vinci Highways, forma parte de Línea Amarilla S.A.C. en calidad de accionista, junto a otras empresas.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 321° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en el presente procedimiento conforme a lo establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁵, regula la sustracción de la materia, la cual origina la conclusión del procedimiento sin declaración sobre el fondo.

Sobre la aplicación de dicha norma, en un requerimiento de documentación formulado por un trabajador del Poder Judicial a su empleador, en los Fundamentos 4 y 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01902-2009-PHD/TC, el Tribunal Constitucional señaló que:

“4. Que a fojas 37 obra la Carta Notarial entregada con fecha 15 de agosto de 2007, conforme a la que el emplazado, don Fortunato Landeras Jones, Secretario General de la Gerencia General del Poder Judicial, se dirige a la demandante adjuntando copia del Oficio N.º 4275-2006-J-OCMA-GD-SVC-MTM del Gerente Documentario de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), así como de la Resolución N.º UNO de la misma gerencia, adjuntando la información solicitada.”

5. Que, conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, resulta evidente que en el presente caso se ha producido la sustracción de materia, por lo que corresponde rechazar la demanda de autos, conforme al artículo 1º del Código Procesal Constitucional.” (subrayado nuestro)

De igual modo, dicho Tribunal señaló en el Fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03839-2011-PHD/TC que:

“3. Que en el recurso de agravio constitucional obrante a fojas 60, el demandante manifiesta que la información pública solicitada “ha sido concedida después de interpuesta” la demanda.”

⁵ Aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y en adelante Ley N° 27444.

Teniendo presente ello, este Tribunal considera que la controversia del presente proceso ha desaparecido al haber cesado la vulneración por decisión voluntaria de la parte emplazada. Consecuentemente, se ha configurado la sustracción de la materia.” (subrayado nuestro)

Teniendo en cuenta ello, se concluye que, si la entidad entrega la información solicitada, se produce la sustracción de la materia dentro del procedimiento.

En el caso analizado, de autos se advierte que con fecha 11 de marzo de 2019, la entidad remitió al recurrente la Carta LAMSAC-MML N° 279-2016, a través de la cual Línea Amarilla S.A.C. informó a la Municipalidad Metropolitana de Lima las transferencias de acciones de Línea Amarilla Brasil Participacoes S.A. (LAMBRA), accionista de la sociedad concesionaria, a la empresa VINCI Highways S.A.S.; y en ese sentido, se ha producido la sustracción de la materia respecto a este extremo.

b) Sobre la copia del acuerdo de transferencia de acciones a través del cual la empresa VINCI Highways adquirió la titularidad de las acciones de Línea Amarilla S.A.C.-

Como se mencionó previamente, la empresa Línea Amarilla S.A.C. es una sociedad concesionaria y la empresa Línea Amarilla Brasil Participacoes S.A. (LAMBRA) forma parte de esta, en calidad de accionista, junto a otras empresas.

Siendo ello así, de la revisión de la Carta LAMSAC-MML N° 279-2016, se evidencia que la empresa Línea Amarilla S.A.C informó a la Municipalidad Metropolitana de Lima de dos tipos de transferencias de acciones a favor de la empresa VINCI Highways S.A.S.: 1) la “*transferencia de participación mínima del socio estratégico*” por parte de Línea Amarilla Brasil Participacoes S.A. y 2) la “*transferencia de participación accionaria distinta a la participación mínima*”, por parte de Línea Amarilla Brasil Participacoes S.A., las que tienen un tratamiento distinto conforme consta del “*Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla*”⁶.

Al respecto cabe señalar que el artículo 5° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos⁷, señala sobre la concesión que, los “*derechos y obligaciones están regulados en el respectivo Contrato*”.

Sobre el particular en el “*Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla*” suscrito entre la entidad y la concesionaria Línea Amarilla S.A.C., se regulan los casos en que se requería la autorización de la entidad para la transferencia de acciones de la concesionaria y los documentos que en su caso debían presentarse:

⁶ Disponible en: <http://www.lamsac.com.pe/pdf/contrado%20de%20concesion%20lamsac.pdf>. Consulta realizada el 13 de marzo de 2019.

⁷ Aprobado mediante el Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

1) Sobre la transferencia de participación mínima del socio estratégico

Teniendo en cuenta ello, la cláusula 14.11 del “*Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla*” establece que el Socio Estratégico, integrado por los “*accionistas o participacionistas*” de la Línea Amarilla S.A.C., podrá transferir su “*Participación Mínima*”, consistente en la “*participación accionaria equivalente al veinticinco por ciento (25%) del capital suscrito y pagado*”, antes de la finalización de la etapa de construcción de las obras de concesión, “*a cualquier persona jurídica y/o natural, nacional o extranjera, que cumpla los requisitos técnicos y financieros indicados para la precalificación, conforme a lo señalado en la Declaración de Interés de la Iniciativa Privada, siempre que lo autorice expresamente el CONCEDENTE*”⁸. (subrayado nuestro)

Además, señala que la Municipalidad Metropolitana de Lima “*deberá pronunciarse en forma motivada en un plazo no mayor de treinta (30) días contados desde la presentación de la documentación señalada en la Cláusula 14.1.*”⁹, según corresponda [...]. (subrayado nuestro)

La cláusula 14.1 señala que, para lograr la autorización de transferencia de la concesión o la cesión de su posición contractual, el concesionario deberá presentar:

“(a) Contrato preparatorio o carta de intención de transferencia o cesión, debidamente suscrito por el CONCESIONARIO, de acuerdo al procedimiento y con las mayorías societarias exigidas por su Estatuto Social;
[...].”

Conforme puede apreciarse en la cláusula 14.11 del mencionado contrato de concesión, al señalarse la documentación a ser presentada como requisito para la aprobación de la transferencia de acciones, se hace una referencia a la “*documentación señalada en la cláusula 14.1*” y esta detalla los documentos a presentarse en los contratos de cesión de posición contractual, que sin embargo se aplica al presente caso de transferencia de acciones, por disposición del contrato, como se indicó previamente.

En este marco se establece como uno de los documentos que debe ser presentado, “*el contrato preparatorio o carta de intención de transferencia, debidamente suscrito por el concesionario*” y por cuyo mérito la entidad aprobaría la transferencia de acciones.

Al respecto, el artículo 1414° del Código Civil¹⁰, referido al contrato preparatorio, señala que mediante este “*las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo*”.

Asimismo, el artículo 1415° de dicho texto establece que “*debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo*.”

⁸ En referencia a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

⁹ Cláusula referida a transferencia o cesión de la concesión, aplicable a la transferencia de acciones.

¹⁰ Aprobado por el Decreto Legislativo N° 295.

Asimismo, según José CASTAN TOBEÑAS¹¹, el contrato preparatorio es “un contrato perfecto y obligatorio que tiene por fin asegurar la celebración de un determinado contrato futuro”. A su vez, Leonardo COVIELLO¹² lo define como “un contrato que tiene por objeto un futuro contrato obligatorio”. Finalmente, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE señala:

“Para estudiar este tema se va a partir del presupuesto de que el Código Civil de 1984 ha adoptado, como se ha visto anteriormente, la tesis tradicional del contrato preparatorio, considerándolo como un acuerdo de declaraciones de voluntad en virtud del cual los declarantes se obligan a celebrar en el futuro un contrato, que tenga las características establecidas en los artículos 1351 y 1402 de dicho Código, o sea un contrato que crea, regula, modifica o extingue una relación jurídica obligacional”¹³.

De lo antes mencionado, se colige que, en la medida que un contrato preparatorio de transferencia de acciones obliga a las partes y debe contener todos los elementos esenciales de dicha transferencia, puesto que determinará el contrato futuro, el contrato preparatorio presentado por la empresa Línea Amarilla S.A.C. como requisito para la aprobación por parte de la entidad de la transferencia de acciones a favor de la empresa Vinci Highway S.A.S., contiene los elementos esenciales del acuerdo de transferencia de acciones definitivo, por lo que existiendo la obligación de la entidad de contar con dicho documento preparatorio, corresponde su entrega al recurrente.

2) Sobre la transferencia de participación accionaria distinta a la participación mínima

La cláusula 14.11 del “Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla” también señala que, durante la etapa de construcción de las obras de la concesión, la participación accionaria de Línea Amarilla S.A.C. distinta a la “Participación Mínima”, “podrá ser transferida libremente a cualquier persona jurídica y/o natural, nacional o extranjera que cuente con experiencia previa” y dicha operación será comunicada a la Municipalidad Metropolitana de Lima “con fines meramente informativos sin que ello signifique una habilitación para que este último autorice previamente dicha operación como condición previa para su validez y eficacia.” (subrayado nuestro)

De lo antes mencionado, podemos concluir que, cuando se realiza una transferencia accionaria distinta a la “Participación Mínima”, a la entidad únicamente se le informa sobre dicha operación, sin tener que remitirle otra documentación, como sería el acuerdo de transferencia de acciones, por lo que, en el caso materia de análisis, no requiriéndose autorización de la Municipalidad Metropolitana de Lima para la transferencia de acciones distinta a la “Participación Mínima”, entre Línea Amarilla Brasil Participacoes S.A. y VINCI Highways S.A.S, no es obligación de Línea Amarilla S.A.C. remitir el acuerdo de dicha transferencia a la entidad, y por ende, no es posible acreditar que ésta se encuentra en posesión de dicha información.

¹¹ CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho civil español, común y foral”. Volumen III. Madrid: Editorial Reus. 1944. Página 331. Citado por Carlos Manuel Misari Argandoña en “El compromiso de contratar y su acceso al registro de propiedad inmueble”. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil. Pando, 2013. Página 10.

¹² Ibídem.

¹³ Ídem. Página 11.

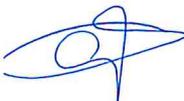
Al respecto, es pertinente señalar que el artículo 13° de la Ley de Transparencia establece que “[...] la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En 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”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01352-2011-PHD/TC señaló sobre dicho artículo que: “[...] es necesario establecer, de un lado, si la forma en que la información es requerida implica crear o producir información con la que no cuenta el emplazado o no tenga la obligación de contar al momento de efectuarse el pedido; y por otro, si exige una evaluación o análisis de la información que posea.” (subrayado nuestro).

En tal sentido, al no existir la obligación de la entidad de contar con la información solicitada por el recurrente en este extremo, no corresponde su entrega al solicitante.

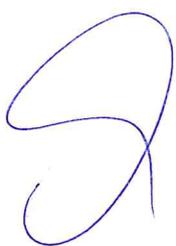
Finalmente, conforme al artículo 30° del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios 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 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 EN PARTE el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 00002-2017-JUS/TTAIP, de fecha 5 de octubre de 2017, interpuesto por el **ESTUDIO BENITES, FORNO & UGAZ ABOGADOS S.C.R.L.**, representado por MELISSA NUÑEZ SANTTI, y en consecuencia, **ORDENAR** la entrega del contrato preparatorio de transferencia de participación mínima del socio estratégico suscrito entre Línea Amarilla Brasil Participacoes S.A. y Vinci Highways S.A.S.



Artículo 2.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 00002-2017-JUS/TTAIP, de fecha 5 de octubre de 2017, interpuesto por el **ESTUDIO BENITES, FORNO & UGAZ ABOGADOS S.C.R.L.**, representado por MELISSA NUÑEZ SANTTI, respecto a la entrega del acuerdo de transferencia de participación accionaria distinta a la participación mínima suscrito entre Línea Amarilla Brasil Participacoes S.A. y Vinci Highways S.A.S.



Artículo 3.- DECLARAR CONCLUIDO el Expediente de Apelación N° 00002-2017-JUS/TTAIP, de fecha 5 de octubre de 2017, interpuesto por el **ESTUDIO BENITES, FORNO & UGAZ ABOGADOS S.C.R.L.**, representado por MELISSA NUÑEZ SANTTI, al haberse producido la sustracción de la materia, respecto al documento a través del

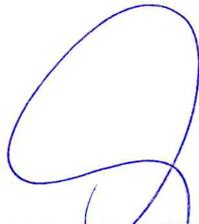
cual Línea Amarilla S.A.C. comunicó a la entidad su cambio de accionariado y sus anexos.

Artículo 4.- SOLICITAR a la **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

Artículo 5.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° de la Ley N° 27444.

Artículo 6.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente Resolución al **ESTUDIO BENITES, FORNO & UGAZ ABOGADOS S.C.R.L.**, representado por MELISSA NUÑEZ SANTTI y a la **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA** de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16.1 del artículo 16° de la norma señalada en el artículo precedente.

Artículo 7.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal