



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010301072019

Expediente : 00084-2019-JUS/TTAIP
Recurrente : FRANCIS JAMES ALLISON OYAGUE
Entidad : Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 26 de marzo de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00084-2019-JUS/TTAIP de fecha 6 de marzo de 2019, interpuesto por el ciudadano **FRANCIS JAMES ALLISON OYAGUE** contra la Carta N° 214-2019-SG-MDMM, notificada el 27 de febrero de 2019, mediante la cual la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada el día 13 de febrero de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 13 de febrero de 2019, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad tres copias certificadas de lo siguiente:

- "a) *Expediente completo de contratación de maquinaria pesada¹ utilizada para el presunto recojo de ochenta (80) toneladas de desmonte y basura de la Huaca Huantille realizada el día 12 de febrero de 2019, conforme fue señalado en la publicación institucional en redes sociales de fecha 13 de febrero de 2019.*
- b) *Documento que acredite la disposición final de las supuestas ochenta (80) toneladas de residuos sólidos".*

Mediante Carta N° 214-2019-SG-MDMM notificada el 27 de febrero de 2019, la entidad atendió la solicitud del recurrente, comunicándole que la Gerencia de Desarrollo Sostenible y Gestión Ambiental mediante Informe N° 012-2019-GDSYGA-MDMM remitió copias de la información que poseen, la misma que la ponen a su disposición, previo pago del costo de reproducción. Asimismo, la referida carta adjuntó el Informe N° 040-2019-MDMM/GDSYGA/SGLPYO² a través de la cual la entidad aclaró que la publicación institucional en redes sociales consignó erróneamente que se removieron ochenta (80) toneladas de desmonte y basura acumulada, siendo lo correcto "95 m³".

¹ Como volquetes, cargadores frontales, entre otros.

² De fecha 26 de febrero de 2019.

Con fecha 6 de marzo de 2019, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, señalando que el 28 de febrero de 2019 la entidad atendió su solicitud de acceso a la información pública de forma incompleta. Así, respecto a la atención de pedido a), el recurrente afirmó que estuvo a cargo del Gerente Municipalidad conforme se advierte de los memorandos N° 120 y 180-2019-GM-MDMM, consignados como referencias del Informe N° 012-2019-GDSYGA-MDMM, funciones que le corresponden a la Funcionaria Responsable de Acceso a la Información; asimismo, el recurrente argumentó que su solicitud fue tramitada a través de la Gerencia de Desarrollo Sostenible y Gestión Ambiental y no a través de la Gerencia de Administración y Finanzas³, quien es el área técnica responsable de conducir los procedimientos de contratación de la entidad y que debe contar con la información solicitada (expediente completo). Por ello, la entidad no cumplió con la entrega del expediente de contratación completo, sino que solo entregó los términos de referencia y el requerimiento de bienes y servicios N° 939-19.

Respecto a su pedido b), el recurrente señaló que la entidad no entregó el documento que acredita la disposición final de las supuestas ochenta (80) toneladas de residuos sólidos, pues solo se le entregó una copia certificada del Informe N° 028-2019-JLAH-SGLPO-MDMM de fecha 13 de febrero de 2019, al cual se adjuntó la copia simple de una constancia de fecha 14 de febrero de 2019 emitida por la Arenera San Martín de Porras S.A., que no cuenta con sello de recepción municipal y resulta inconsistente que se haya emitido con fecha posterior al referido informe de fecha 13 de febrero de 2019.

Mediante escrito de fecha 21 de marzo de 2019, la entidad realizó sus descargos⁴ al recurso de apelación presentado por el recurrente, comunicando que respecto al requerimiento a) mediante la Carta Notarial de fecha 19 de marzo de 2019 cumplieron con entregar la orden de servicio, la certificación presupuestal, la conformidad del servicio, pero no se entregó los documentos que acreditan el pago puesto que aún se encuentra pendientes de cancelación. De otro lado, respecto del pedido b), la entidad se ratificó en el cumplimiento de su pedido mediante la constancia de fecha 14 de febrero de 2019.

Mediante escrito de fecha 21 de marzo de 2019, la entidad y el recurrente solicitaron informe oral en el presente caso, el cual fue concedido y llevado a cabo el día 25 de marzo de 2019.

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 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM⁵, establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en

³ Gerencia al que están adscritas la Subgerencia de Logística y Control Patrimonial, Subgerencia de Contabilidad y la Subgerencia de Tesorería.

⁴ Requerimiento realizado mediante Resolución N° 010100922019, notificada el 12 de marzo de 2019.

⁵ En adelante, Ley de Transparencia.

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, señala que se considera información pública a cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 13° de la referida norma dispone 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.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información proporcionada por la entidad, corresponde a la requerida en la solicitud formulada por el recurrente.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

2.2.1 Respecto al expediente de contratación de maquinaria pesada

Sobre el particular, el artículo 10° de la Ley de Transparencia califica como información pública, cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa⁶; en tal sentido, la información generada por las entidades en ejercicio de sus funciones tiene naturaleza pública.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 3° de la Ley de Transparencia, consagra expresamente el Principio de Publicidad, estableciendo 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”.

Sobre el particular, la entidad mediante la Carta N° 214-2019-SG-MDMM, entregó al recurrente únicamente los términos de referencia y el Requerimiento de Bienes y Servicios N° 939-19; posteriormente, a través de sus descargos acreditó la notificación al recurrente de la Carta Notarial de fecha 19 de marzo de 2019⁷, al cual se adjuntaron copias certificadas de la orden de servicio, la

⁶ “Artículo 10.- Información de acceso público
(...)”

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales”.

⁷ Documento que fue notificado al ciudadano en la misma fecha de emisión del documento.

certificación de crédito presupuestario, la conformidad del servicio, pero la entidad indicó que no se anexaron los documentos que acreditan el pago debido a que se encuentran pendientes de cancelación. Sin embargo, aun habiendo remitido al recurrente ambos documentos con la información referida, la entidad no cumple con la entrega del expediente completo requerido en la solicitud de acceso a la información pública.

En esa línea, se advierte que la entidad no cumplió con entregar el expediente de contratación completo, sino que entregó diversas piezas documentales que forman parte de la contratación realizada; esto es, atendió la solicitud de información de manera incompleta.

Además, es pertinente tener en consideración que la contratación de bienes y servicios dentro de una entidad y bajo el financiamiento del presupuesto público corresponde ser realizado por la misma, a través del órgano encargado de las contrataciones, quien es el responsable de ordenar, archivar y preservar la documentación del expediente de contratación, así como de su conservación⁸, conforme lo establece el artículo 42° del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF⁹.

En esa línea y conforme al artículo 79° de la Ordenanza N° 523-MDMM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones y la estructura orgánica de la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar, es la Gerencia de Administración y Finanzas a través de la Sub Gerencia de Logística y Control Patrimonial, la responsable de la gestión del proceso de adquisición de bienes y servicios —y no la Gerencia de Desarrollo Sostenible y Gestión Ambiental— y, por tanto, la unidad orgánica que posee todo el expediente administrativo solicitado en concordancia con lo expresado en el párrafo anterior.

Siendo así, corresponde que la entidad cumpla con entregar el expediente completo de la contratación de la maquinaria materia de la solicitud del recurrente.

De otro lado, es oportuno resaltar que de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 6° del Reglamento de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM¹⁰ establece que es obligación del funcionario responsable de entregar información "atender las solicitudes de acceso a la información dentro de los plazos establecidos por ley", asimismo, conforme al literal b) del mismo artículo también tiene por función "Requerir la información al área de la Entidad que la haya creado u obtenido, o que la tenga en su posesión o control".

⁸ Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

⁹ "Artículo 42. Contenido del expediente de contratación

42.1. El órgano encargado de las contrataciones lleva un expediente del proceso de contratación, en el que se ordena, archiva y preserva la información que respalda las actuaciones realizadas desde la formulación del requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato, incluidas las incidencias del recurso de apelación y los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, según corresponda.

42.2. Las demás dependencias de la Entidad facilitan información relevante para mantener el expediente completo. (...)

42.5. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la custodia del expediente de contratación, salvo en el período en el que dicha custodia esté a cargo del comité de selección".

¹⁰ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

En esa línea, lo señalado por el recurrente respecto a que correspondía que la solicitud de información fuera derivada a la Gerencia de Administración y Finanzas en su calidad de poseedora de la información, resulta plenamente atendible para efectos de que la atención de la solicitud de información se realice dentro del marco de lo dispuesto en el Principio de Celeridad contemplado en el numeral 1.9 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹¹, de aplicación supletoria al presente procedimiento, el cual establece que quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación para efectos de dotar al trámite de la máxima dinámica posible.

En atención a ello, corresponde que la entidad de estricto cumplimiento a lo dispuesto por el literal b) del artículo 6° del Reglamento de la Ley de Transparencia, para garantizar la adecuada atención de la solicitud de información presentada por el recurrente.

2.2.2 Respecto al documento que acredite la disposición de los residuos sólidos

Sobre el particular, la entidad entregó adjunto al Informe N° 028-2019-JLAH-SGLPO-MDMM, una copia simple de la constancia de fecha 14 de febrero de 2019 emitida por la Arenera San Martín de Porras S.A., la misma que no cuenta con sello de recepción municipal.

Al respecto, debemos señalar que el tercer párrafo del artículo 13° de la Ley de Transparencia dispone 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 el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3598-2011-PHD/TC ha establecido lo siguiente:

"6. Por otra parte, el artículo 13° de la Ley 27806, en su tercer párrafo dispone lo siguiente: "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. Esta Ley tampoco permite que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean."

En ese sentido, corresponde evaluar si la entidad tiene la obligación de contar con la información solicitada por el recurrente. En cuanto a ello, el literal a) del numeral 24.1 del artículo 24° del Decreto Legislativo N° 1278, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos¹², dispone que las municipalidades distritales en materia de manejo de residuos sólidos son competentes para asegurar una adecuada prestación del servicio

¹¹ En adelante, Ley N° 27444.

¹² En adelante, Ley de Gestión de Residuos.

de limpieza, recolección y transporte de residuos en su jurisdicción, debiendo garantizar la adecuada disposición final de los mismos.

En tal sentido, para efectos de garantizar que el servicio contratado por la entidad se encuentre brindado de manera idónea resulta indispensable que ésta cuente con algún documento que sirva para acreditar la adecuada disposición de tales residuos, más aún si se tiene en cuenta que el literal "d" del artículo 5° de la Ley de Gestión de Residuos consagra el Principio de Responsabilidad Compartida, según el cual la gestión integral de los residuos es una corresponsabilidad social que requiere la participación conjunta, coordinada y diferencia de los generadores, operadores de residuos y municipalidades.

Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, aprobado por Decreto Supremo N° 057- 2004-PCM, señala en el numeral 2 del artículo 8° que las municipalidades distritales deben asegurar una adecuada prestación del servicio de limpieza, recolección y transporte de residuos en su jurisdicción, debiendo garantizar la adecuada disposición final de los mismos.

Sobre el particular, es importante que la ciudadanía tenga la posibilidad de verificar que las entidades que realizan contrataciones públicas lo efectúen de manera apropiada. En cuanto al escrutinio público de las adquisiciones estatales, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 06460-2013-PHD/TC preció lo siguiente:

"8. En la medida que el Estado está al servicio de la ciudadanía cuyos gestores se encuentran obligados a divulgar el sentido de sus decisiones así como sus acciones de manera íntegra y transparente, el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, tanto más en un contexto en el que la ciudadanía percibe que los recursos públicos no son utilizados eficientemente. Y es que tan importante como el control del gasto público que realiza la Contraloría, es el desarrollado por la ciudadanía en aras de su propio desarrollo económico y social".

Lo antes señalado adquiere mayor relevancia si se tiene en consideración que el artículo 44° de la Ley de Gestión de Residuos establece que está prohibido el abandono, vertido o disposición de residuos en lugares no autorizados por la autoridad competente o aquellos establecidos por ley.

De otro lado, es pertinente señalar que el artículo 45° del Reglamento Nacional de Administración de Transporte aprobado por Decreto Supremo N° 017-2009-MTC establece las condiciones específicas de operación que se deben cumplir para prestar el servicio de transporte público de mercancías, en cuyo numeral 45.1.5 precisa la obligación de llevar en cada viaje la guía de remisión y, en su caso, el manifiesto de carga; asimismo, el artículo 47° del mismo cuerpo legal establece que son aplicables al transporte privado, las condiciones propias que resulten aplicables al transporte público. En consecuencia, se puede inferir que para la prestación del servicio de transporte adquirido por la entidad, debiera existir cuanto menos un documento que acredite dicha remisión, que sirva para el control a ser efectuado por ésta.

A mayor abundamiento, el artículo 17° de la Resolución de Superintendencia N° 004-2003/SUNAT publicada el 9 de enero de 2003¹³, establece que las

¹³ Resolución que modifica el Reglamento de Comprobantes de Pago.

guías de remisión sustentan el traslado de bienes en el ámbito tributario¹⁴; asimismo, el artículo 18° del mismo cuerpo normativo precisa la obligación de emitir las referidas guías de remisión tanto para el caso de transporte privado como público¹⁵.

De igual modo, el artículo 19° del dispositivo en mención precisa el contenido de las mencionadas guías de remisión¹⁶ destacando la información relacionada con el punto de partida, el punto de llegada, motivos del traslado, entre otros, lo cual evidencia que el transporte de bienes requiere de la elaboración de documentos por parte de los agentes intervinientes en dicha actividad.

En tal sentido, la entidad se encuentra obligada a contar con un documento que acredite la disposición final de los residuos sólidos, por lo que debe proporcionar la información solicitada por el recurrente, de conformidad con lo señalado en las consideraciones expuestas en la presente resolución.

Finalmente, de conformidad con el 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

¹⁴ "Artículo 17°.- **NORMAS PARA EL TRASLADO DE BIENES**

1. La guía de remisión sustenta el traslado de bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 21° del presente reglamento. (...)."

¹⁵ "Artículo 18°.- **OBLIGADOS A EMITIR GUÍAS DE REMISIÓN**

1. Cuando el traslado se realice bajo la modalidad del transporte privado, la guía de remisión deberá ser emitida por:
1.1 El propietario o poseedor de los bienes al inicio del traslado, con ocasión de su transferencia, prestación de servicios que involucra o no transformación del bien, cesión en uso, remisión entre establecimientos de una misma empresa y otros.

1.2 El prestador de servicios en casos tales como: mantenimiento, reparación de bienes, servicios de maquila, etc.; sólo si las condiciones contractuales del servicio incluyan el recojo o la entrega de los bienes en los almacenes o en el lugar designado por el propietario o poseedor de los mismos.

(...)

2. Cuando el traslado se realice bajo la modalidad del transporte público:

2.1 Se emitirán dos guías de remisión:

2.1.1 Una por el transportista, en los casos señalados en los numerales anteriores del presente artículo; y

2.1.2 Otra por el propietario o poseedor de los bienes al inicio del traslado o por los sujetos señalados en los numerales 1.2 a 1.6 del presente artículo.

El transportista emitirá una guía de remisión por cada propietario, poseedor o sujeto señalado en los numerales 1.2 a 1.6 del presente artículo que genera la carga, quienes serán considerados como remitentes".

¹⁶ "Artículo 19°.- **REQUISITOS DE LAS GUÍAS DE REMISIÓN**

(...)

2. **GUÍA DE REMISIÓN DEL REMITENTE**

En el caso de la guía de remisión emitida por el propietario, poseedor de los bienes o alguno de los sujetos señalados en los numerales 1.2 a 1.6 del artículo 18° del presente reglamento independientemente que el transporte se realice bajo la modalidad de transporte privado o público, ésta deberá contener la siguiente información:

INFORMACIÓN NO NECESARIAMENTE IMPRESA

2.8. Dirección del punto de partida, excepto si el mismo coincide con el punto de emisión del documento.

2.9. Dirección del punto de llegada.

2.10. Motivo del traslado: Deberá consignarse alguna de las siguientes opciones:

a) Venta

b) Venta sujeta a confirmación del comprador

c) Compra

d) Consignación

e) Devolución

f) Traslado entre establecimiento de la misma empresa

g) Traslado de bienes para transformación

h) Recojo de bienes transformados

i) Traslado por emisor itinerante de comprobantes de pago

j) Traslado zona primaria

k) Importación

l) Exportación

m) Otras no incluidas en los puntos anteriores, tales como exhibición, demostración, etc., debiendo consignarse expresamente el motivo del traslado".

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° 1353;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 00084-2019-JUS/TTAIP, interpuesto por el ciudadano **FRANCIS JAMES ALLISON OYAGUE**, **REVOCANDO** lo dispuesto en la Carta N° 214-2019-SG-MDMM; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**, que proceda a entregar las copias certificadas de la información solicitadas por el recurrente, conforme a los considerandos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información al ciudadano **FRANCIS JAMES ALLISON OYAGUE**.

Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al ciudadano **FRANCIS JAMES ALLISON OYAGUE** y a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR**, de conformidad con lo previsto en el numeral 16.1 del artículo 16° de la norma antes citada.

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


MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta


PEDRO CHILET PAZ
Vocal


ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: uzb