



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010308492019

Expediente : 00976-2019-JUS/TTAIP
 Recurrente : **SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO**
 Entidad : **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO**
 Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 16 de diciembre de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00976-2019-JUS/TTAIP de fecha 5 de noviembre de 2019, interpuesto por el **SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada a la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO** con Expediente N° 11994 de fecha 25 de setiembre de 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 25 de setiembre de 2019, el recurrente solicitó a la entidad la documentación generada para la devolución del fondo retenido de garantía de fiel cumplimiento al Consorcio Proyectos Cutervo por la ejecución de la "Instalación de los servicios de agua potable y letrinas en la localidad de Chibulgan - Cutervo".

Con fecha 5 de noviembre de 2019, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis al considerar denegada su solicitud por no mediar respuesta de la entidad dentro del plazo legal.

Mediante la Resolución N° 010108222019 de fecha 27 de noviembre de 2019, esta instancia solicitó a la entidad que remita el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información del recurrente y formule sus descargos, que atendiendo a la fecha efectiva de notificación¹, venció el 16 de diciembre de 2019². Cabe agregar que dichos requerimientos a la fecha no han sido atendidos.

Mediante correo electrónico de fecha 3 de diciembre de 2019, el recurrente remitió a esta instancia la copia de la Carta N° 071-2019-MPC/SGSG de fecha 28 de

¹ Notificación efectuada el 6 de diciembre de 2019.

² Conforme a lo dispuesto para el distrito de Cutervo en el Reglamento de Plazos de Término de la Distancia y Cuadro General de Términos de la Distancia, aprobado por la Resolución N° 288-2015-CE-PJ.

noviembre de 2019, notificada el 29 de noviembre del mismo año, la cual indica que la entidad le alcanzó la siguiente documentación:

- Informe N° 135-2014-MPC/SGIDUR-JEIO-EBB, de fecha 18 de febrero de 2014.
- Informe N° 001-2014/MPC/JRBC/SQ, de fecha 13 de febrero de 2014.

Asimismo, en el mencionado correo electrónico el recurrente afirmó que la entidad le remitió información correspondiente al año 2014 la cual no fue solicitada y no del año 2019, por lo que consideró que no se le entregó la documentación requerida.

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 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.

Asimismo, 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.

A su vez, el artículo 13° de la citada ley, señala que cuando se solicite que la información sea entregada en una determinada forma o medio está no podrá negarse siempre que el solicitante asuma el costo que suponga el pedido, precisando 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 cuenta o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido.

2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la información solicitada es pública y debe ser entregada al recurrente.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Conforme al principio de publicidad contemplado en el artículo 3° de la Ley de Transparencia, toda la información que posea el Estado se presume pública y, por ende, la entidad está obligada a entregarla, salvo que esta se encuentre comprendida en las excepciones mencionadas en dicha norma.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, señaló que:

³ En adelante, Ley de Transparencia.

“[...] la información pública debe hacerse pública no sólo cuando una persona lo solicite sino que la Administración Pública tiene el deber de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información, así no lo sea solicitada, salvo el caso de las excepciones permitidas constitucionalmente y especificadas estrictamente en la ley de desarrollo constitucional de este derecho fundamental.” (subrayado nuestro)

De allí que, el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución y desarrollado a nivel legal, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración pública, salvo que en su ley de desarrollo constitucional, la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, indique lo contrario.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC que *“la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción”*.

Esto implica que, para justificar adecuadamente dicha negativa y, en consecuencia, desvirtuar el principio de máxima divulgación o publicidad que rige sobre toda la información que la entidad haya creado, obtenido o que se encuentre en su posesión o bajo su control, la Administración Pública tiene la obligación de brindar una *“motivación cualificada”*, como señaló el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC:

“6. Al no haberse fundamentado aunque sea mínimamente, las razones por las cuales el derecho a la privacidad de don Humberto Elías Rossi Salinas justificaría que dicha información se mantenga en reserva, es evidente que el proceder del ad quem ha sido arbitrario más aún si se tiene en consideración en virtud del mencionado principio de máxima divulgación, que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas.” (subrayado nuestro)

Además, en caso un documento contenga cierta información protegida por las excepciones de los artículos 15°, 16° y 17° de la Ley de Transparencia, esta debe separarse o tacharse, a fin de facilitar la entrega de la información pública que forma parte del documento, conforme al artículo 19° de la Ley de Transparencia:

“En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento.”

Con relación a los gobiernos locales, es pertinente mencionar lo dispuesto en el artículo 26° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, al señalar que: *“La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley N° 27444 (...).” (subrayado nuestro),*

estableciendo de ese modo que uno de los principios rectores de la gestión municipal es el principio de transparencia.

Asimismo, la parte in fine del artículo 118° de la referida ley establece que “El vecino tiene derecho a ser informado respecto a la gestión municipal y a solicitar la información que considere necesaria, sin expresión de causa; dicha información debe ser proporcionada, bajo responsabilidad, de conformidad con la ley en la materia.” (subrayado nuestro)

De autos se observa, que el recurrente solicitó la documentación consistente en oficios, cartas, informes legales, memorándums, cartas poder, laudos arbitrales entre otros, que se generaron para la devolución del fondo retenido de garantía de fiel cumplimiento al Consorcio Proyectos Cutervo por la ejecución de la “Instalación de los servicios de agua potable y letrinas en la localidad de Chibulgan - Cutervo”.

Sobre el particular, respecto a la información requerida, esta instancia considera pertinente precisar, que de acuerdo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado⁴, una garantía contiene en esencia la finalidad de brindar seguridad, protección o certeza sobre algo. En este contexto, la garantía de fiel cumplimiento tiene como objetivo respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista, de todas las obligaciones que asumió frente a la Entidad⁵.

Cabe agregar que el artículo 33° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF⁶ precisa que las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos.

Asimismo, el artículo 149.1 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF⁷, estipula que como requisito para perfeccionar el contrato, el postor ganador entrega a la entidad la garantía de fiel cumplimiento por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto pactado. Esta se mantiene vigente hasta la recepción satisfactoria del servicio o del bien o hasta el consentimiento de la liquidación en el caso de ejecución y consultoría de obras.

Al respecto, el artículo 150° del reglamento citado en el párrafo anterior, señala que el contratista puede solicitar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento a partir de la fecha en que el residente deja constancia de que la obra esta culminada, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones:

- a) Que la Entidad haya retenido el cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente a solicitud del contratista. La retención se realiza a partir de la segunda mitad del número total de valorizaciones a realizarse, conforme lo previsto en el calendario de avance de obra valorizado.
- b) Que, el contratista presente una garantía de fiel cumplimiento equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente.

⁴ En adelante, OSCE.

⁵ Información recabada de la siguiente página web:
http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m4a.pdf [Consulta realizada el 16 de diciembre de 2019].

⁶ En adelante, Ley N° 30225.

⁷ En adelante, Reglamento de la Ley N° 30225.

En este sentido, la garantía de fiel cumplimiento es un requisito indispensable para suscribir el contrato de ejecución de una obra, que contiene un porcentaje equivalente al diez por ciento (10%) del monto pactado y tiene por finalidad brindar la garantía necesaria del cumplimiento por parte del contratista, asimismo, dicha garantía podrá ser devuelta cuando se cumplan con los requisitos exigidos por ley.

En el presente caso, el recurrente solicitó toda la documentación que haya generado la entidad para la devolución del fondo retenido de la garantía de fiel cumplimiento al Consorcio Proyectos Cutervo por la ejecución de la "Instalación de los servicios de agua potable y letrinas en la localidad de Chibulgan - Cutervo".

Ahora bien, esta instancia accedió a la web del OSCE y verificó el contenido de la Resolución N° 20, de fecha 28 de setiembre de 2016, recaída en el Expediente N° I 260-2015, correspondiente al Laudo Arbitral de Derecho seguido por el Consorcio Proyectos Cutervo contra la Municipalidad Provincial de Cutervo⁸, y constató que mediante el Contrato de Ejecución de Obra N° 025-2013-MPC, se suscribió la ejecución de la obra "Instalación de los servicios de agua potable y letrinas en la localidad de Chibulgan - Cutervo", entre ambas partes.

Asimismo, en dicho laudo se indica que en el Clausula Séptima del referido contrato, el Contratista mediante la Carta N° 002-2013 de fecha 11 de noviembre de 2013, autoriza la retención del 10% del monto total del contrato como Garantía de Cumplimiento, efectivizándose durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada con cargo a ser devuelta a la finalización del mismo.

Además, se observa que el contratista, el Consorcio Proyectos Cutervo, encargado de la ejecución de dicha obra, solicitó como pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de su demanda: *"Como consecuencia de que se declare consentida la liquidación a que se refiere la segunda pretensión principal que se realice la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato, (...)." (subrayado nuestro)*

Por su parte, el Tribunal Arbitral encargado de resolver la controversia entre el Consorcio Proyectos Cutervo y la Municipalidad Provincial de Cutervo, estableció en el Fundamento 37 del referido laudo, que *"al haberse declarado consentida la liquidación final de Obra, con un saldo a favor del Contratista, corresponde la devolución del monto retenido en garantía, tal y conforme se ha acordado en la Cláusula Séptima del Contrato y lo dispone el artículo 155° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."*

Teniendo en cuenta ello, esta instancia considera que lo resuelto por el Tribunal Arbitral, acredita que la documentación referida a la devolución del monto retenido en garantía obra en poder de la entidad, debiendo tenerse en cuenta además que la misma no ha negado su existencia, ni ha manifestado que dicha información se encuentre bajo los alcances de las excepciones del derecho al acceso a la información pública reguladas en la Ley de Transparencia.

⁸ Información disponible en la siguiente página web:
<http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2016/457.pdf> [Consulta realizada el 16 de diciembre de 2019].

Finalmente, es pertinente indicar que en virtud de 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 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 el recurso de apelación presentado por el **SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública; y, en consecuencia **ORDENAR** a la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO** que entregue la información pública solicitada conforme a la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- SOLICITAR a la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO** 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 de 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 al **SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO** y a la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO**, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 18.1 del artículo 18° de la norma señalada en el artículo precedente.

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