

36-A-2013

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las catorce horas del veintitrés de octubre de dos mil trece.

El presente procedimiento de apelación ha sido iniciado ante este Instituto por solicitud del ciudadano CARLOS ALEJANDRO AGUILAR MERINO, contra resolución de las nueve horas del veintitrés de agosto de los corrientes pronunciada por el Oficial de Información de LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE ILOBASCO, en adelante “LA ALCALDÍA” entidad representada por el señor **JOSÉ MARÍA DIMAS CASTELLANOS**.

LEÍDOS LOS AUTOS

Y CONSIDERANDO:

I. El recurso de apelación fue presentado en tiempo y cumpliendo con los requisitos legales ante este Instituto contra resolución que *niega el acceso a la información* que consiste en la entrega de fotocopia de información “Referente a la cantina EL TENAMPA, que consiste en: I) Copia de licencia de instalación del establecimiento de cada uno de los últimos cinco años otorgado por la Municipalidad; II) Copias de recibos de pago por renovación de licencia de los últimos cinco años; III) Copia del permiso de instalación y funcionamiento otorgado por el Ministerio de Salud Pública en los últimos cinco años; IV) Copia de documento que demuestre la memoria de cálculo de medición de la distancia desde el establecimiento del lugar de la cantina hasta los centros escolares y clínicas más próximos; V) Copia de registro de la referida cantina que lleva la municipalidad, según Arts. 38, 40 y 50 de la ley reguladora de la producción y comercialización de alcohol y de las bebidas alcohólicas”.

II. Con fecha 28 de agosto de este año el Instituto admite la apelación interpuesta por el señor CARLOS ALEJANDRO AGUILAR MERINO, en ese mismo auto se designó a la comisionada MARÍA HERMINIA FUNEZ DE SEGOVIA para la instrucción del procedimiento y la elaboración del proyecto de la resolución definitiva.

III. Con fecha 4 de septiembre de los corrientes, la Licenciada MARITZA HAYDEE CALDERÓN GONZÁLEZ, presenta un escrito en el que solicita se le tenga por parte, en el

carácter de Apoderada General Judicial del Concejo Municipal de la Alcaldía Municipal de Ilobasco. En el mismo auto rinde informe contemplado en el artículo 88 de la LAIP, en donde manifiesta que *“el recurso de apelación está orientado para que intervenga en este proceso y se garantice el cumplimiento de la ley; es decir, que el objeto de la Apelación se circunscribe a dicha causal”*. En dicho escrito agregó que *“las justificaciones [de denegatoria] están debidamente justificadas tomando en cuenta que los recibos de pago no pueden ser entregados al ciudadano (...) de conformidad al Art. 86 de la Ley General Tributaria Municipal, en la cual se establece que toda información que emane de los contribuyentes es **información confidencial**”*. También expresó que *“la solicitud de información no argumenta, no justifica ni documenta, las razones del porque requiere la información solicitada”*. Además estableció que: *“Con respecto a la fotocopia del permiso de instalación y funcionamiento del Tenampa otorgado por el Ministerio de Salud Pública (...) es documentación emitida por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, por lo que en la entidad municipal no se cuenta con la documentación (...)”*. Añadió que *“respecto a la copia de la memoria del cálculo de la medición de la distancia del establecimiento de la cantina; en su oportunidad se le informó al usuario que según el informe (...), es inexistente dentro de los archivos de la municipalidad”*. Y concluyó que *“es importante tomar en cuenta que el apelante CARLOS ALEJANDRO AGUILAR MERINO, es una de las personas que en el expediente que llevó el Instituto con referencia 2-D-2013 fue uno de los peticionarios que denunciaron al Alcalde y Concejo Municipal de Ilobasco; el punto central de dicha denuncia es el funcionamiento de la cantina EL TENAMPA”*. En ese mismo auto solicita se anexe la copia certificada del proceso 2-D-2013, el cual se encuentra en el expediente en fs. 11 al 92.

IV. El 9 de septiembre, este Instituto emite un auto en donde manifiesta que de acuerdo al art. 88 de la LAIP, una vez admitido el recurso de apelación se notificará al interesado y al ente obligado, el que deberá rendir informe. En el procedimiento de acceso a la información pública el ente obligado es representado por su “titular”, entendiéndose, por tal, según la definición del art. 2 del Reglamento de la Ley (RELAIP) a “la persona que ejerce el cargo máximo dentro de la organización interna del ente obligado, con amplias facultades para tomar decisiones dentro del mismo”. Por tanto, será el titular a quien corresponde rendir el informe de ley y no por medio de apoderado, en este sentido se requiere al titular del ente obligado que ratifique el informe de ley.

V. Con fecha 12 de septiembre del corriente año, el señor JOSÉ MARÍA DIMAS CASTELLANOS, Alcalde Municipal de Iobasco, presentó un escrito ante este Instituto en el que ratifica cada uno de los conceptos vertidos por la licenciada CALDERÓN GONZÁLEZ.

VI. Con fecha 19 de septiembre de los corrientes la Comisionada designada presentó su informe expresando que el día dieciocho de septiembre finalizó el plazo de instrucción del presente procedimiento, contando con el informe del ente obligado de conformidad con el art. 88 de la LAIP, ratificándolo el señor Alcalde Municipal en fecha doce de septiembre de dos mil trece.

VII. La audiencia oral se celebró en el día y hora señalados, comparecieron el señor WALTER OLMEDO PINEDA CRUZ, en calidad de apoderado general judicial del señor CARLOS ALEJANDRO AGUILAR MERINIO y el señor HUGO BANZER FLORES ALAS, en calidad de apoderado general judicial de la Alcaldía de Iobasco. En dicha audiencia las partes manifestaron que no iban a presentar ningún tipo de prueba.

Las partes finalizaron sus intervenciones con sus alegatos, por una parte, expresando la apelante que: “el doce de agosto se presentó una apelación porque no se está satisfecho con la información recibida (...) la alcaldía afirmó que había brindado el permiso para funcionar [de la cantina el TENAMPA] todo el año dos mil trece (...) este año se pagó el veintiuno de enero, la alcaldía justifica que no pueden mover la cantina de lugar porque ya tenía licencia”. Además, “se ha pedido la copia de los recibos, el permiso de instalación y funcionamiento del Ministerio de Salud y la copia de la memoria de cálculo de distancia a los centros escolares (...)”, concluyó que “la municipalidad no puede decir a estas alturas que no tienen esta información (...)”.

Finalmente, la parte apelada sostuvo que “se ha hecho un análisis individualizado de lo solicitado por el ciudadano”. Agregó que “el Tribunal al que representan dio un fallo, sobre esta misma petición y se condenó a la alcaldía a pagar una cantidad de dinero por multas, de ese proceso se ha recurrido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo”, manifestó que “la petición [de información] es redundante, repetitiva, reincidente por lo tanto el Instituto tiene que analizar si ya se falló sobre este asunto, y en consecuencia esta segunda petición debe archivar de forma definitiva”. Añadió que “la Constitución prohíbe perseguir a una persona o institución

doblemente. El ciudadano no ha motivado o fundamentado su solicitud ante el Instituto de Acceso a la Información Pública”. Con relación al permiso de instalación y funcionamiento otorgado por el Ministerio de Salud Pública en los últimos cinco años declaró que “(...) no se hizo llegar la información porque la alcaldía no es la que emite los permisos de sanidad, sino el Ministerio de Salud, el ciudadano puede acudir a dicha institución y obtener la información”, En cuanto a la medición de la distancia desde el establecimiento del lugar de la cantina hasta los centros escolares y clínicas más próximos afirmó que “el argumento en el que se manifiesta que la motivación de la solicitud de información es porque la cantina está a menos de doscientos metros de la escuela es injustificable, en Santa Tecla las cantinas están a menos de cincuenta metros de colegios”. Y concluyó que “se tiene que resolver sobre la base de la Constitución, por lo tanto la petición del ciudadano tiene que ser archivada de forma definitiva”.

En ese estado del procedimiento, el Comisionado designado al caso presentó el proyecto de resolución definitiva.

RESULTANDO:

VIII. Que el asunto medular consiste en determinar a) si la información solicitada por el apelante debe considerarse como “confidencial”, en virtud de lo sostenido por LA ALCALDÍA que no le está permitido proporcionar información sobre datos personales tributarios, según el art. 86 de la Ley General Tributaria Municipal; b) necesidad de justificación de las solicitudes de información; c) determinar la existencia de reincidencia en el conocimiento del mismo caso por parte del Instituto de Acceso a la Información Pública; d) en determinar si se tiene que hacer una solicitud ante el Ministerio de Salud.

a) Es procedente en primer lugar, verificar si el contenido del art. 86 de la Ley General Tributaria Municipal es aplicable al caso en comento. En reiteradas ocasiones este Instituto ha manifestado que de acuerdo con el art. 10 número 18 de la LAIP, “los permisos, autorizaciones y concesiones otorgados, especificando sus titulares, montos, plazos, objeto y finalidad”, constituye información pública oficiosa; es decir, aquella que los entes obligados deben poner a disposición del público sin necesidad que un particular la solicite. Esta información es aplicable a los municipios en virtud del art. 17 de la LAIP y estos no constituyen datos tributarios, pues no está

referida a la información contenida en declaraciones hechas con fines impositivos por contribuyentes, responsables y terceros.

El art. 110 de la LAIP establece que esta ley se aplicará a “toda la información que se encuentre en poder de los entes obligados”, quedando derogadas “todas las disposiciones contenidas en leyes generales o especiales que la contraríen”, exceptuándose de ese régimen aquellas que la misma Ley cita en forma expresa y con carácter restrictivo, entre estas: “i. Las contenidas en leyes tributarias relativas a la confidencialidad de la información contenida en declaraciones hechas con fines impositivos”.

Aunque este Instituto ha sostenido que el derecho de acceso a la información no es ilimitado, pues la fórmula normal de actuación de la Administración Pública debe tender a permitir el permanente acceso concreto y efectivo a la información, lo que resulta de la aplicación del principio de máxima publicidad (art. 4 letra a. y 5 de la LAIP) según el cual, el acceso a la información es la regla y su reserva, la excepción; también se ha dicho que cualquier limitación al libre acceso debe fundarse en una disposición legal anterior de interpretación restrictiva que especifique el tipo de información, la duración de la restricción y que además sea conforme a la Constitución, por lo que esa limitación debe estar justificada en razones que respondan a un interés superior o a un posible perjuicio directo o inminente para el Estado, persona o personas determinadas.

Consagrado el principio general de libre acceso a la información, las causas que lo podrían limitar deben –en todos los casos– ser objeto de un pronunciamiento fundado y singular al respecto. Ello debe entenderse en el sentido de que no pueden haber negativas o restricciones genéricas, sino solo referidas a casos concretos y a necesidades puntuales. Dicho de otro modo, la negativa genérica, injustificada o cualquier restricción arbitraria al derecho de acceso a la información significará un incumplimiento o un abuso de los deberes de su cargo por parte del funcionario que así se pronuncie o actúe (Cfr. PIERINI, Alicia y LORENCES, Valentín, Derecho de acceso a la información, Universidad, Buenos Aires, 1999, pág. 159).

Expuesto lo anterior este Instituto considera que la negativa del ente obligado a entregar la información solicitada está fundamentada en una norma que específicamente se refiere a la confidencialidad de las declaraciones y conjunto de datos que la administración tributaria

municipal recibe de los contribuyentes, responsables y terceros, en el ejercicio y desarrollo de su potestad tributaria, de conformidad con el art. 204 ordinales 1º y 6º de la Constitución.

En efecto, el art. 86 de la Ley General Tributaria Municipal se refiere a la información que se encuentra en poder del municipio en virtud de su competencia para requerir y resguardar la información tributaria de sus administrados y es exclusivamente sobre esta que dicho artículo establece su carácter confidencial, sin que pueda interpretarse -por analogía- que esa confidencialidad tenga un alcance general para todas sus actuaciones o en el ejercicio de otras funciones, ni que sea extensiva a la información que posee la municipalidad en su función de autorizar otros actos como el de autorizar licencias para la venta de bebidas alcohólicas. Entender de otro modo el art. 86 de la Ley General Tributaria Municipal constituiría una restricción genérica y por lo tanto violatoria del derecho humano de acceso a la información.

Al analizar el art. 110 de la LAIP se concluye que todas las disposiciones legales que regulan el secreto, reserva o confidencialidad de la información pública quedan derogadas con excepción de las que se expresan en dicho artículo. Bajo esta premisa el art. 86 de la Ley General Tributaria Municipal, si bien no queda derogado, requiere de un examen prolijo que permita determinar si en casos específicos la naturaleza de la información que se encuentra en poder del ente obligado, en virtud de su potestad tributaria, puede o no divulgarse al público.

Tomando en cuenta los argumentos anteriormente expuestos resulta que la información relativa a la licencia de instalación del establecimiento otorgado por la Municipalidad y a los recibos de pago por renovación de licencia no constituye información confidencial, puesto que se encuentra enmarcada en el supuesto del art. 10 ord. 18 de la LAIP.

b) Zanjado lo anterior, este Instituto considera necesario determinar las consecuencias que se generan si el ciudadano no argumenta, justifica ni documenta, las razones del porque requiere la información.

En el informe que presentó la parte apelada, se manifestó que *“la solicitud de información no argumenta, no justifica ni documenta, las razones del porque requiere la información solicitada”*. El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, anclado en el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión (art. 6 de la Constitución) que tiene como presupuesto el derecho de investigar o buscar y recibir informaciones de toda

índole, pública o privada, que tengan interés público, y en el principio democrático del Estado de Derecho –de la República como forma de Estado– (art. 85 Cn.) que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la transparencia y la publicidad en la Administración, así como la rendición de cuentas sobre el destino de los recursos y fondos públicos (Fallo: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, amparo: 155-2013, o.del 6/3/2013, y los que en él se citan: Inc. 13-2011, del 5/12/2012; Inc. 1-2010, del 25/8/2010; Inc. 91-2007, del 24/9/2010).

Este derecho fundamental impone simultáneamente el deber correlativo del Estado y de los demás entes obligados de garantizar la entrega oportuna, veraz, completa y fidedigna de la información pública, como parte integrante de este derecho se encuentra que la solicitud de información se tiene que realizar sin necesidad de justificar, motivar o sustentar el por qué se requiere la información. Situación que se confirma en el artículo 66 LAIP, el cual establece que *“En ningún caso la entrega de información estará condicionada a que se motive o justifique su utilización, ni se requerirá demostrar interés alguno”*, incluso el hecho de solicitar lo anterior configura una falta leve, contemplada en el art. 76 LAIP. Por lo tanto no procede el argumento brindado por la parte apelada en el informe que ante este Instituto rindió.

c) Expuesto lo anterior, se procede a determinar la existencia de reincidencia en el conocimiento del mismo caso por parte del Instituto de Acceso a la Información Pública, es decir la vulneración al Principio non bis in ídem. Para alegar dicho Principio debe verificarse la concurrencia de ciertos requisitos, a saber: identidad de personas, identidad de las cosas e identidad de las acciones. (Fallo: Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 87-T-2003, del 28/11/2007). En este sentido, es necesario verificar si efectivamente concurren los requisitos para el presente caso.

Previo a verificar la concurrencia es imperioso determinar lo que se entiende por "misma causa" -aunque no tengamos una definición natural- una misma pretensión: eadem personas (identidad de sujetos), eadem res (identidad de objeto o bien de la vida) y eadem causa petendi (identidad de causa: sustrato fáctico y fundamento jurídico); es decir que está encaminado a proteger que una pretensión no sea objeto de doble decisión jurisdiccional definitiva, en armonía con la figura de la cosa juzgada y la litispendencia...". (Fallo: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Ref. 231-98 del 4/5/1999).

Lo anterior implica, que para que exista doble enjuiciamiento es preciso que un mismo hecho sea constitutivo de dos o más infracciones, y por tanto, susceptible de dos sanciones distintas a la misma persona, pero además; las dos sanciones deben tener el mismo fundamento es decir, encauzadas a la protección del mismo bien jurídico.

Resulta pertinente verificar si concurren los tres requisitos. En primer lugar se establece si existen eadem personas (identidad de sujetos). El caso 2-D-2013 que ha sido de conocimiento por parte de este Instituto se inicia por solicitud de tres personas WALTER OLMEDO PINEDA CRUZ, JUAN DOROTEO MORENO VÁSQUEZ y CARLOS ALEJANDRO AGUILAR MERINO, en contra del Alcalde y Concejo Municipal de Ilobasco. Mientras que el presente caso ha sido iniciado por el señor CARLOS ALEJANDRO AGUILAR MERINO en contra de la resolución del Oficial de Información de la Alcaldía de Ilobasco.

Con relación al criterio de eadem res (identidad de objeto o bien de la vida), en auto de admisión del proceso 2-D-2013 de fecha veinticuatro de abril de los corrientes que corre agregado en folio 23 del expediente, se manifestó que el escrito de **denuncia** se fundamenta en la presunta falta de respuesta de las autoridades para la entrega de un acuerdo municipal y el supuesto incumplimiento por parte del funcionario competente de nombrar al Oficial de Información; mientras que el presente caso surge a partir de un recurso de **apelación** interpuesto en contra de la resolución pronunciada por la Oficial de Información del ente obligado de las nueve horas del veintitrés de agosto de los corrientes.

El tercer criterio es el eadem causa petendi (identidad de causa: sustrato fáctico y fundamento jurídico). El caso 2-D-2013 es una denuncia, en este orden de ideas es necesario establecer la naturaleza de las denuncias. Las denuncias tienen su fundamento legal en el art. 76 de la LAIP, en dónde se establecen las infracciones que habilitan al ciudadano- o a este Instituto de oficio- para iniciar el proceso sancionatorio, el cual con base al principio de proporcionalidad tiene como resultado la imposición de una multa establecida en el art. 77 de la LAIP. Por esta razón este Instituto conoció en esa oportunidad y sancionó al Alcalde Municipal de Ilobasco por el incumplimiento de nombrar al Oficial de Información.

Por otra parte, el caso que se está desarrollando -36-A-2013- es un recurso de apelación. Este recurso procede cuando se ha denegado el acceso a la información, se afirme la inexistencia,

y las contenidas en el art. 83 LAIP. En esta oportunidad el ciudadano CARLOS ALEJANDRO AGUILAR MERINO acude ante este Instituto contra resolución que *niega el acceso a la información*.

Expuesto lo anterior se concluye que para el presente caso no se cumple con los requisitos para que se configure el *non bis in ídem*, ya que a pesar de ser los mismos sujetos, no poseen el mismo objeto ni causa. En este sentido, si este Instituto se negara a tramitar la presente apelación estaría vulnerando el derecho fundamental de petición, consagrado en el art. 18 de la Constitución de la República de El Salvador.

d) Con relación a la solicitud de información del permiso de instalación y funcionamiento otorgado por el Ministerio de Salud Pública en los últimos cinco años, la parte apelada declaró que no se hizo llegar la información, porque la alcaldía no es la que emite los permisos de sanidad, sino el Ministerio de Salud, el ciudadano puede acudir a dicha institución y obtener la información.

Esta afirmación vulnera el derecho de acceso a la información pública, ya que este derecho no se limita a la información generada por parte de las instituciones públicas, sino que también contempla aquella información administrada o en poder de las instituciones. En este sentido, es falsa la afirmación que las entidades obligadas únicamente pueden brindar la información que de ahí se genera.

Sin embargo, para que las entidades obligadas administren o tengan en su poder la información, siguiendo el principio de legalidad, debe existir una norma que las obligue a ello. Tal como lo ha manifestado la Sala de lo Constitucional: El principio de legalidad supone la sujeción y respeto por parte de las autoridades públicas en su actuación, al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la normativa constitucional y legal aplicable que rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de una potestad atribuida previamente por la ley.

Siguiendo el criterio de la Sala, este Instituto considera que no existe una normativa que obligue a las Municipalidades a llevar un registro del permiso de instalación y funcionamiento otorgado por el Ministerio de Salud Pública de lugares que venden bebidas alcohólicas, ya que el art. 38 de la Ley reguladora de la producción y comercialización del alcohol y de las bebidas alcohólicas obliga a las municipalidades a llevar un registro de los establecimientos comerciales

donde se vendan bebidas alcohólica y no así de los permisos otorgados por el Ministerio de Salud Pública. Por lo tanto resulta pertinente que el ciudadano realice la consulta a la entidad obligada, en este caso el Ministerio de Salud Pública.

En virtud de lo anterior este Instituto considera que en el presente caso el derecho humano de acceso a la información pública se vio limitado por la falta de entrega efectiva de la información requerida, ya que no se brindó la información a pesar de ser información pública; concluyéndose, en tal sentido, que no se cumplió con el objetivo de dar respuesta a la solicitud hecha por el ciudadano, pues la información requerida tiene que estar a su disposición.

En este orden de ideas, el fin de este procedimiento es la entrega de la información solicitada por el particular.

Se hace constar que la resolución se emite hasta esta fecha en razón de no contar este Instituto con los recursos suficientes para atender con prontitud la demanda ciudadana.

Por lo tanto, de conformidad con las razones antes expuestas y disposiciones legales citadas, y arts. 52 Inc. 3°, 58 letra d, 90, 94, 96 letra d y 102 LAIP; 79 y 80 del RELAIP, y 217 del Código Procesal Civil y Mercantil, a nombre de la República de El Salvador, este Instituto **FALLA:**

a) **Revocáse** la resolución apelada por el Oficial de Información de LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE ILOBASCO, por no estar apegada a derecho.

b) **Ordénase** al señor JOSÉ MARÍA DIMAS CASTELLANOS, Alcalde Municipal de Ilobasco, que a través de su Oficial de Información permita al señor CARLOS ALEJANDRO AGUILAR MERINO, la siguiente información: copia de licencia de instalación del establecimiento de cada uno de los últimos cinco años otorgado por la Municipalidad; copias de recibos de pago por renovación de licencia de los últimos cinco años; copia de documento que demuestre la memoria de cálculo de medición de la distancia desde el establecimiento del lugar de la cantina hasta los centros escolares y clínicas más próximos y Copia de registro de la referida cantina que lleva la municipalidad, según Arts. 38, 40 y 50 de la ley reguladora de la producción y comercialización de alcohol y de las bebidas alcohólicas. Dicha información tiene que brindarse en un plazo de quince días hábiles contados a partir de la notificación.

