

**42-A-2013**

**INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA:** San Salvador, a las trece horas del cuatro de noviembre de dos mil trece.

El presente procedimiento de apelación ha sido iniciado ante este Instituto por solicitud de la ciudadana AIDA MARÍA BETANCOURT SIMAN, contra resolución del trece de septiembre, notificada en fecha dieciséis de septiembre de los corrientes pronunciada por la Oficial de Información del FONDO SALVADOREÑO PARA ESTUDIOS DE PREINVERSIÓN, en adelante FOSEP entidad representada por el señor **JULIO CÉSAR ALFARO CASTRO**.

### **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 copia de la Oferta del Asocio: CONSULTA, S.A. de C.V.- PARSONS BRINCKERHOFF INTERNATIONAL INC. para Estudio de Factibilidad, Adjudicación de Estudio de Factibilidad y Contrato suscrito entre el Asocio antes mencionado incluyendo adendas del ESTUDIO MEJORAMIENTO DE LA RED VIAL DE LA ZONA NORTE DE EL SALVADOR, QUE INCLUYE EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL FACTIBILIDAD TÉCNICA Y DISEÑO FINAL, que inició en 2007 y terminó en 2010”.

**II.** La ciudadana BETANCOURT SIMÁN argumentó que “Es entendible que toda la documentación relacionada con el proyecto tenga carácter confidencial, pero única y exclusivamente durante la vigencia y desarrollo del mismo. Este carácter confidencial que se atribuye a la documentación puede haber sido valedero durante la etapa de preparación del proyecto”, agregó que “no existe justificación alguna para negarse a entregar la documentación invocando una confidencialidad que ya no tiene razón de ser, ni jurídica, ni técnica, ni ética”. Y concluyó que “no estando la información solicitada dentro de las excepciones que enumeran los arts. 19 y 24 de la LAIP y el 19 del Reglamento, no existe razón legal alguna para negar el acceso a la información solicitada”.

**III.** Con fecha 24 de septiembre de este año el Instituto admite la apelación interpuesta por la señora AIDA MARÍA BETANCOURT SIMÁN, en ese mismo auto se designó al comisionado JAIME MAURICIO CAMPOS PÉREZ para la instrucción del procedimiento y la elaboración del proyecto de la resolución definitiva.

**IV.** Con fecha 25 de septiembre de los corrientes, la Licenciada YESENIA ARACELY MÉNDEZ, Oficial de Información de FOSEP remite el expediente a este Instituto. Con fecha 4 de octubre de los corrientes el señor JULIO CÉSAR ALFARO CASTRO, Presidente del FOSEP, rinde el informe de conformidad en el art. 88 de la LAIP, en el cual expresa “El Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano es el propietario del estudio y de toda la documentación que se genera alrededor del mismo” Agregó además que “es a los beneficiarios de nuestros préstamos a quien debe solicitarse la información y preservando la propiedad intelectual de las Ofertas Técnicas, que tienen como insumo principal el intelecto, la capacidad y experiencia de los consultores”. Añadió que “en el concurso de mérito (...) en donde la calificación de la Oferta Técnica es la base esencial para la posterior adjudicación del estudio, la entrega de la Oferta Técnica, podría representar un aprovechamiento del conocimiento de una empresa, socio o persona, en beneficio de un tercero, convirtiéndose en una ventaja competitiva para quien tenga conocimiento de la oferta ganadora”. Y concluyó que “el diseño final comprendido entre Ciudad Barrios y Cacaopera conocido como Tramo 6, no está incluido en el diseño financiado por el FOSEP”.

**V.** La audiencia oral se celebró en el día y hora señalados, no compareció la señora AIDA MARÍA BETANCOURT SIMÁN, a pesar de haber sido debidamente notificada. Por parte del ente obligado comparecieron el señor ORLANDO ANTONIO AVILES MORENO, en calidad de apoderado general judicial del señor JULIO CÉSAR ALFARO CASTRO y el señor JULIO CÉSAR ALFARO CASTRO, en calidad de Presidente del FOSEP. En dicha audiencia la parte apelada presentó la siguiente prueba: I) El decreto Legislativo 418 Contrato de Préstamo entre la República de El Salvador y el Banco Interamericano de Desarrollo N° 860/SF-ES, y II) Reglamento Operativo Programa Global de Preinversión III.

Posteriormente el ente obligado finalizó su intervención con su alegato, expresando que: “el Ministerio de Obras Públicas es el propietario del estudio, el FOSEP per se no genera ningún

tipo de estudio, este solo es una Corporación de financiamiento, tanto para el sector público como para el privado para hacer estudios, por lo tanto toda la información generada pertenece al propietario”. Agregó que “Tanto la oferta económica y demás información fue enviada al propietario. La única información que tenemos es la que sirve para hacer los pagos correspondientes para llevar a cabo los estudios”. Acto seguido recalcó que: “Es el Comité Técnico de Seguimiento quien tiene toda la información, ellos permiten que se haga el estudio preinversión y se hace el Comité Técnico, el cual está conformado por tres personas: un miembro del FOSEP; otro del usuario, en este caso del MOP y el tercero del Ministerio de Hacienda. Estos forman un ente colegiado que se encarga de manejar la información que se está solicitando”. Con relación a la adjudicación del estudio factibilidad PARSONS BRINCKERHOFF INTERNATIONAL INC manifestó que “no sabe si tienen la información ya que en el la remisión de ofertas técnicas al propietario y la notificación de resultados de calificación se establece que quien adjudica el proyecto es el propietario y no el FOSEP”. Por otra parte, la información que está en manos del FOSEP no se da porque hay una reserva de confidencialidad. El reglamento dice que es confidencial, pero tiene su base lógica, técnica y ética. Porque los concursos que se promueven en FOSEP es en orden de méritos, no gana el más barato, gana la mejor oferta que esté preparada, en base de la experiencia de los consultores, es decir gana la oferta técnica. No se puede divulgar una oferta técnica ganadora, la cual puede servir de base para ir a otro concurso y tener una ventaja para los competidores, según el art. 19 de la LAIP es información reservada aquella que puede dar ventaja a terceros” Añadió que “en los contratos no existen cláusulas de confidencialidad. El reglamento operativo del programa oficial en su art. 52 manifiesta que lo no dispuesto por él estará en el contrato de préstamos. (...)En el contrato de préstamo hay una disposición que manifiesta que este será vigente mientras no se ha terminado de pagar la deuda, situación que todavía está pendiente, el contrato es de cincuenta años e inició en el año mil novecientos noventa y dos”. Manifestó que “El art. 51 establece que toda información, estudios financiados y documentación relacionado con esta tendrá carácter confidencial. Las del sector privado no podrán ser reveladas al sector público cinco años después si es positivo y tres si es negativo”. Concluyó que: “Las ofertas técnicas tienen un elevado contenido intelectual, si es divulgada su oferta eso sería afectarlos y beneficiar a terceros”.

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) el plazo y forma en la que se ha declarado la información como confidencial; b) la obligación del FOSEP para custodiar la información solicitada; c) el revelar Ofertas Técnicas constituye vulneración a la prohibición de revelar información reservada.

a) Según la ciudadana BETANCOURT SIMÁN, “es entendible que toda la documentación relacionada con el proyecto tenga carácter confidencial, pero única y exclusivamente durante la vigencia y desarrollo del mismo”. Ante tal aseveración considera este Instituto necesario verificar el plazo en el que se le asigna ese carácter a la información y además la forma en la que se realiza dicha clasificación.

De acuerdo a lo establecido en el art. 51 del Reglamento Operativo del Programa Global de Preinversión III “Todos los estudios financiados con el programa, así como la documentación relacionada con él, tendrá carácter estrictamente confidencial. Sobre esta base, las informaciones contenidas en los estudios del sector privado no podrán ser divulgados al público durante los 5 años siguientes a su realización en los casos en que el estudio fuere positivo, o los 3 años siguientes si fuere negativo o si no fuere iniciado dentro de este segundo término la inversión respectiva”. Por lo tanto, el plazo de confidencialidad de la información para el presente caso, según los criterios del FOSEP es de 5 años.

Resulta procedente verificar en este momento la forma en la que se le atribuye ese carácter. La LAIP establece que la información confidencial es “aquella información privada en poder del Estado cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido”. Este tipo de información, por lo tanto, es un límite al derecho de acceso a la información pública.

Este Instituto considera que de la definición contenida en el art. 6 letra f) de la LAIP se interpreta que este límite únicamente puede ser impuesto por un mandato constitucional o legal, es decir un reglamento no está habilitado para limitar derechos adquiridos por los ciudadanos. Esto lo afirma Gabino Fraga en su *Derecho Administrativo*, "dos principios sirven de norma para determinar los casos en que no debe intervenir la facultad reglamentaria, lográndose por medio de

ellos hacer una diferencia entre el contenido de sus disposiciones y el de las leyes emanadas del Poder Legislativo (...). Un primer principio es el de la preferencia o primacía de la ley, que consiste en que las disposiciones contenidas en una ley de carácter formal, no pueden ser modificadas por un reglamento (...). El segundo principio es el denominado de la reserva de ley, que consiste en que, conforme a la Constitución, hay materias que sólo pueden ser reguladas por una ley".

En este orden de ideas, es imperioso verificar el carácter de derecho fundamental que reviste al Derecho al acceso a la información, deriva principalmente en la prohibición de que su contenido esencial sea modificado tanto en su interpretación como en su regulación (Sentencia de inconstitucionalidad 24-IX-2010, Inc. 91-2007, Sala de lo Constitucional, Corte suprema de Justicia).

El Derecho al acceso a la información no es absoluto, puede verse restringido cuando entre en conflicto con otros bienes jurídicos igualmente relevantes, sin embargo, estas restricciones no pueden ser arbitrarias, sino que deben derivarse de una ley en sentido formal; como lo ha dictado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: “la reserva de información y la consecuente negación del acceso a ella es una limitación al ejercicio de este derecho y, como tal, debe ser debatida y aprobada por los representantes de quienes serán afectados por ella, en un procedimiento que precisamente se caracteriza por ser público y transparente. La necesidad de una ley formal contribuye a la seguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho y respecto a las facultades del Estado para restringirlo, de modo que prohíbe la creación arbitraria de barreras al acceso informativo mediante decisiones estatales distintas a las leyes emitidas por el Legislativo” (Sentencia de Inconstitucionalidad 5 – XII- 2012, Inc. 13 – 2012).

El Art. 51 del Reglamento Operativo del Programa Global de Preinversión III, violenta el principio de Reserva de Ley, en razón de que declara como “confidencial” de forma automática, toda la documentación relacionada con los estudios financiados por el programa, así como los estudios mismos; en clara contravención a lo establecido en el Art. 24 LAIP, ya que incluye como confidencial, una categoría no contemplada por la Ley, violentando del mismo modo el principio de máxima publicidad consagrado en la letra a. del Art. 4 LAIP.

La LAIP establece parámetros para la no divulgación de información que pudiese afectar bienes jurídicamente protegidos, entre los que se incluye que debe hacerse por medio de una resolución motivada, que puede ser objeto control por parte de los afectados; la prohibición automática de divulgación de cierta información establecida en el Art. 51 del Reglamento Operativo del Programa Global de Preinversión III, constituye una ilegítima restricción al Derecho al acceso a la información.

b) La obligación del FOSEP para custodiar la información solicitada. Para determinar este asunto consideramos pertinente verificar las funciones que contempla la Ley de creación del FOSEP. Según el art. 3 de la Ley del Fondo Salvadoreño para estudios de preinversión dentro de las funciones se encuentra el evaluar y dar seguimiento a las operaciones de financiamiento a la preinversión, contratación y elaboración de estudios. En la audiencia del Presidente del FOSEP manifestó que “el Ministerio de Obras Públicas es el propietario del estudio, el FOSEP per se no genera ningún tipo de estudio, este solo es una Corporación de financiamiento, tanto para el sector público como para el privado para hacer estudios, por lo tanto toda la información generada pertenece al propietario”. Con base a dicho argumento se pretendió justificar que no cuentan con la información solicitada.

Al analizar el contenido de la Ley y los argumentos vertidos en la audiencia se denota que el FOSEP, a pesar de no generar la información, tiene la obligación de evaluar y dar seguimiento a las operaciones, por ello no es coherente que el FOSEP no tenga la información. Puesto que si carece de la misma se está incumpliendo una función contemplada en la Ley en comento. Por las razones anteriormente expuestas, este Instituto considera que el argumento no es válido, el FOSEP tiene la obligación de contar con la información solicitada. Caso contrario, estaría incurriendo en vulneración al derecho de acceso a la información pública.

c) Como tercer punto es pertinente aclarar si el brindar la información relativa a Ofertas Técnicas constituye una vulneración a la prohibición de revelar información reservada.

En audiencia se manifestó que “las ofertas técnicas tienen un elevado contenido intelectual, si es divulgada su oferta eso sería afectarlos y beneficiar a terceros”, por lo tanto manifestaron que esto consistía en información reservada. Según lo establecido en el RELAIP las declaratorias de

reserva se pueden hacer en dos momentos: cuando la información es generada o cuando se responde una solicitud de información realizada por algún ciudadano. En el caso en comento el Presidente del FOSEP pretendió reservar la información hasta en el desarrollo de la audiencia, ya que de conformidad a la respuesta del Oficial de Información del FOSEP no se declaró con reserva en el momento oportuno, tal como aparece agregado en folio 8 del expediente.

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 reglamentaria, con lo cual se vulneran principios tales como el de reserva de Ley.

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. 51 del Reglamento

Operativo del Programa Global de Preinversión III, queda derogado por constituir un límite claro al acceso a la información pública, límite que la misma ley atribuye únicamente a la Constitución de leyes, no así a los reglamentos., requi.

Tomando en cuenta los argumentos anteriormente expuestos resulta que la información relativa a “copia de la Oferta del Asocio: CONSULTA, S.A. de C.V.- PARSONS BRINCKERHOFF INTERNATIONAL INC. para Estudio de Factibilidad, Adjudicación de Estudio de Factibilidad y Contrato suscrito entre el Asocio antes mencionado incluyendo adendas del ESTUDIO MEJORAMIENTO DE LA RED VIAL DE LA ZONA NORTE DE EL SALVADOR, QUE INCLUYE EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL FACTIBILIDAD TÉCNICA Y DISEÑO FINAL, que inició en 2007 y terminó en 2010” no constituye información confidencial. Puesto que se encuentra enmarcada en el supuesto del art. 10 ord. 19 de la LAIP.

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 del FONDO SALVADOREÑO PARA ESTUDIOS DE PREINVERSIÓN, por no estar apegada a derecho.

b) **Ordénase** al señor **JULIO CÉSAR ALFARO CASTRO**, Presidente del FOSEP, que a través de su Oficial de Información permita a la señora AIDA MARÍA BETANCOURT SIMÁN, la siguiente información: copia de la Oferta del Asocio: CONSULTA, S.A. de C.V.- PARSONS BRINCKERHOFF INTERNATIONAL INC. para Estudio de Factibilidad, Adjudicación de Estudio de Factibilidad y Contrato suscrito entre el Asocio antes mencionado incluyendo adendas del ESTUDIO MEJORAMIENTO DE LA RED VIAL DE LA ZONA NORTE DE EL SALVADOR, QUE INCLUYE EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL FACTIBILIDAD TÉCNICA Y DISEÑO FINAL, que inició en 2007 y terminó en 2010”.

c) **Publíquese** esta resolución, oportunamente.

*Hágase saber.*



-----ILEGIBLE----- C. H. SEGOVIA -----ILEGIBLE -----

-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES COMISIONADOS QUE LO  
SUSCRIBEN

”RUBRICADAS”