

NUE 64-A-2015 (MV)

Rosales Morales contra Banco de Desarrollo de El Salvador (BANDESAL).

Resolución de recurso de revocatoria

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las ocho horas con veinte minutos del día cinco de octubre de dos mil quince.

La apelante **Genevieve Matilde Rosales Morales**, contestó el traslado conferido con relación al recurso de revocatoria presentado por el **Banco de Desarrollo de El Salvador (BANDESAL)**, contra la resolución definitiva proveída por este Instituto a las diez horas con veinte minutos del ocho de julio de dos mil quince.

El apoderado de la apelante manifestó que el recurso carece totalmente de fundamento jurídico, dado que se reduce a un ejercicio retórico vacío de contenido, constituyendo un producto estrictamente lírico sin ahondar en el tema objeto de debate.

I. En su recurso de revocatoria, el ente obligado alegó que la resolución definitiva vulnera algunas de las disposiciones de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) al no considerar, dentro de otras circunstancias, las excepciones al principio de máxima publicidad, con relación a lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley de Bancos (LB) respecto del secreto bancario, sin que mediara autorización previa y expresa de los titulares de la información, quebrantándose así el artículo 25 de la LAIP. Para **BANDESAL**, entonces, la información requerida por la apelante se encuentra comprendida dentro de las excepciones al referido principio, pues se enmarca dentro de lo regulado en la letra “d” del Art. 24 de la LAIP que reconoce el secreto bancario y fiduciario.

En relación con lo anterior, el representante de la apelante agregó que es evidente que no se ha solicitado información de particulares o que entes privados hayan entregado a **BANDESAL**, sino que, se ha requerido información relativa a gestión y administración de

un fideicomiso totalmente estatal y por lo tanto la figura del secreto fiduciario no le es aplicable.

Este Instituto es enfático en señalar que, efectivamente, el secreto fiduciario tiene como fin proteger la información relacionada con las operaciones de crédito que los **particulares** realizan en el uso del sistema financiero. En ese sentido, respecto del principio de máxima publicidad se ha señalado que ninguna instancia o ente obligado puede estar exenta del ejercicio de rendición de cuentas y de la obligación de permitir el acceso a la información pública, de lo cual resulta coherente establecer que es legítimo proteger la privacidad si se trata de entes de naturaleza privada; sin embargo, si se trata de fideicomisos públicos, es necesario que por tal naturaleza la información sea pública, más aun si los fideicomitentes, el fiduciario y los beneficiarios o fideicomisarios son también instituciones públicas.

En el caso en análisis, carece aún más de sentido pretender que se necesite el permiso de los beneficiarios para entregar la información a los particulares, pues, como ya se dijo, todos los intervinientes en el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales (FOP) son entes públicos, de modo que, es absurdo que se necesite la autorización de un ente público para divulgar la información objeto de esta controversia. La información generada, obtenida, transformada o conservada por entes públicos y sobre todo aquella relativa a la función pública y gestión de recursos públicos —como es el FOP— no pertenece a los entes obligados, no es información privada en manos del Estado, y no está cubierta por secreto fiduciario.

II. Por otra parte, el ente obligado argumentó que en la resolución objeto de revocatoria se reconoce que la información relativa al secreto bancario, fiduciario, comercial y profesional es confidencial; sin embargo, se ordenó la entrega de la información. En opinión de **BANDESAL**, este Instituto ha actuado en exceso de las facultades conferidas por la LAIP al ordenar la entrega de información catalogada como confidencial con fundamento en que el ente obligado no acreditó el interés personal jurídicamente protegido con la confidencialidad alegada, pues, para el ente obligado, la LAIP no establece que deba demostrarse un interés personal para clasificar la información en esa categoría ni reconoce a este Instituto la facultad de imponer la carga de acreditar el interés protegido.

La apelante, por medio de su apoderado, señaló que lo solicitado no se refiere a información que particulares o privados hayan entregado a **BANDESAL** y, por lo tanto, no constituye información confidencial; asimismo, argumentó que no existe ningún interés jurídicamente protegido que deba resguardarse con motivo de información sobre la gestión y administración de un fideicomiso estatal, constituido por fondos estatales y destinado a la obtención de fondos para el pago de obligaciones estatales; y, que el secreto fiduciario está dirigido a la protección de datos de particulares.

La resolución impugnada no ha sido emitida en exceso de las facultades reconocidas por la LAIP, sino que, fue emitida en total apego al ordenamiento jurídico y al principio de legalidad. Parte del contenido esencial del DAIP como derecho fundamental se materializa en el **principio de máxima publicidad reconocido en los Art. 4 letra “a” y 5 de la LAIP**. De acuerdo con este principio **se presume pública toda la información generada o en poder del Estado**, de tal forma que **corresponde a los entes obligados** demostrar la concurrencia de las causas que justifiquen restringir la publicidad de la información solicitada; es decir, que estos tienen la obligación de **probar las restricciones al acceso a la información**; en consecuencia, de no justificarse la limitación corresponde, ineludiblemente, ordenar su entrega.

Ahora bien, es cierto que el DAIP reconoce excepciones y, por tanto, no es un derecho absoluto¹. La fórmula normal de actuación de la Administración Pública debe tender a permitir el acceso permanente, concreto y efectivo a la información, por lo que cualquier limitación al libre acceso debe fundarse en una disposición legal anterior, de interpretación restrictiva, que especifique el tipo de información y la duración de la restricción y que, desde luego, sea conforme a la Constitución y se funde en razones justificadas que respondan a un interés superior o a un posible perjuicio directo o inminente para el Estado, persona o personas determinadas².

Así, pues, corresponde a **BANDESAL** acreditar que se cumplen las condiciones necesarias para que la información sea objeto de restricción —ya sea por razones de reserva

¹ Como ya lo ha sostenido este Instituto en las resoluciones emitidas en los procedimientos NUE 1-A-2013, del 2-V-2013; y 41 -A- 2014 del 19-V-2014, entre otras.

² FERNÁNDEZ, Manuel, Introducción al Derecho a la Información, A.T.E., Barcelona, 1977.

o confidencialidad—, pues la máxima publicidad es un elemento esencial del DAIP. Entonces, son los entes obligados quienes deben demostrar el interés personal que se busca proteger con la declaratoria de confidencialidad, en virtud que los límites al derecho de acceso a la información no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar previamente establecidos por el legislador, a fin de evitar que la administración pública utilice discrecionalmente argumentos encaminados a negar la información que se les solicite, generando así zonas de opacidad para el control de la gestión y administración de los recursos públicos. Este Instituto fue enfático en señalar que es legítimo proteger la privacidad si se trata de entes de naturaleza privada; sin embargo, si se trata de fideicomisos públicos, es necesario que por tal naturaleza la información sea pública, no se ha desconocido la existencia de límites al DAIP sino que se estableció que éstos no se verifican en el caso en discusión, porque no se ajustan a lo regulado por la LAIP, por lo que haber declarado su aplicabilidad habría llevado a violar el principio de legalidad.

En este punto es importante aclarar que como fundamento de sus alegaciones **BANDESAL** cita la resolución emitida por la Sala de lo Constitucional en el Proceso de Amparo 118-2002, el 2 de marzo de 2004, en la cual se hacen ciertas consideraciones sobre el derecho a la intimidad en el marco de la autodeterminación informativa. El ente obligado, erróneamente interpreta que el papel colectivo y social de este derecho abarca la *intimidad de los entes públicos*. Lo establecido en esta resolución por la Sala de lo Constitucional no debe extrapolarse sin más al ámbito público y pretender, entonces, que los entes obligados a la LAIP son titulares exclusivos de la información que generan o administran de modo que se requiera su autorización para el acceso, una interpretación de esta naturaleza dañaría el contenido esencial del DAIP.

Por otro lado, la dimensión colectiva y social a que se refiere la citada jurisprudencia está orientada a aclarar que el derecho a la intimidad y autodeterminación informativa si bien tienen un componente normalmente individual no están, por esa razón, excluidos del interés colectivo o social; se trata de un interés que atañe al conglomerado social como un elemento que fortalece la seguridad jurídica y el tratamiento adecuado de la información personal de sus miembros. No supone, entonces, ningún tipo de cerrojo a la información pública y su aplicación a los entes públicos no puede hacerse sin ningún tipo de consideración.

III. Por último, el ente obligado argumentó que la resolución definitiva atenta contra la confianza que el público deposita en las entidades bancarias y, por ello, contra el buen funcionamiento del sistema financiero; puesto que se ha aplicado de manera errónea el Art. 232 de la LB al considerar que no es aplicable para instituciones de naturaleza pública cuando dicha disposición no distingue de si se trata de entes públicos o privados. En este mismo sentido, **BANDESAL** considera que a la información solicitada es aplicable el Art. 24 letra “d” de la LAIP que tampoco realiza alguna distinción y reconoce como confidencial el secreto bancario y fiduciario; y, que el citado Art. 232 y el 201 de la LB no establecen a este Instituto como una de las instituciones que pueden requerir información sujeta al secreto bancario por lo que es incompetente para ordenar su entrega a la apelante.

La apelante, por medio de su apoderado, señaló que el Instituto posee competencia para determinar la naturaleza confidencial o no de una información y, en razón de su comprensión, ordenar su entrega o impedir su divulgación; por lo que, la resolución del Instituto no presenta incongruencia alguna, ni supone afectación a los principios de motivación, congruencia o seguridad jurídica, pues se ha hecho una interpretación integradora entre el régimen bancario y el acceso a la información pública y, sobre todo, una interpretación conforme a la Constitución, ya que se perfiló de modo preciso y acertado el alcance del secreto fiduciario, aclarando que este sirve para proteger información de particulares.

Este Instituto reitera que el Art. 7 de la LAIP señala que los entes obligados al cumplimiento de la ley son los órganos del Estado, sus dependencias, las instituciones autónomas, las municipalidades o cualquier otra entidad u organismo que administre recursos públicos, bienes del Estado o ejecute actos de administración pública en general. **BANDESAL** es una institución pública de crédito por lo que es un ente obligado según la LAIP. Por otra parte, el Art. 58 letras “a” “c” y “d” de la LAIP, establece que son atribuciones de este Instituto velar por la correcta interpretación y aplicación de la Ley, promover la cultura de transparencia entre los servidores públicos; y, conocer y resolver los recursos de apelación. Así, pues, es facultad de este Instituto determinar si **BANDESAL**, como ente obligado, ha realizado una interpretación y aplicación adecuada de la LAIP al caso en

análisis; dicho de otro modo, este Instituto es competente para pronunciarse sobre si la información objeto de este procedimiento es confidencial o no y para ordenar su entrega.

Establecida la competencia de este Instituto como ente garante del DAIP y de la protección de datos personales en manos de entes públicos, es importante aclarar al ente obligado que la resolución impugnada realizó una interpretación integral del ordenamiento jurídico, y no en la aplicación aislada de una disposición. Es más, una interpretación sistemática de la LB y de la LAIP es lo que permite concluir que la información relacionada con los fideicomisos públicos no está sujeta a secreto. Los límites al DAIP deben interpretarse dentro de su contexto y tomando en cuenta las disposiciones que claramente definen la información pública. Los entes obligados en general y, para el caso, **BANDESAL** deben reconocer que los titulares de la información de los entes públicos no son sus titulares, sino los usuarios, desconocer este elemento equivale a desnaturalizar el DAIP. La información no pertenece a las autoridades, quienes únicamente representan el poder público que emana y proviene del pueblo, a quien deben rendir cuentas sobre el manejo y gestión de fondos públicos.

Así, pues, como ya se dijo, el ordinal 25 del Art. 10 de la LAIP establece que los **órganos colegiados** deberán hacer públicas sus actas de sesiones ordinarias y extraordinarias. Las actas deben, entonces, ser públicas, mucho más si se trata de reuniones que incluyen la actividad o gestión de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones como ocurre con el FOP, cuyo consejo de administración está integrada por el Ministerio de Hacienda, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos y **BANDESAL**.

En el caso en estudio, la apelante requirió información sobre un acta de sesión de un fideicomiso en el que intervienen únicamente entes públicos —como fideicomitentes, fiduciario y fideicomisarios—, del que no forman parte de modo directo sujetos privados cuya información deba considerarse confidencial y por ello protegida por la LAIP. La información objeto de controversia ha sido generada por entes obligados a la LAIP, en el ejercicio de su función pública y versa sobre el manejo y gestión de fondos públicos o de actividades orientadas a su captación, por lo que es información pública y debe ordenarse su entrega.

Además, no es cierto que lo anterior genere desconfianza entre los clientes del ente obligado, pues la información confidencial o datos personales de aquellos clientes privados no están sujetos, en principio, a la misma publicidad que la información de los entes públicos con quienes realice operaciones, los cuales, por su naturaleza y funciones, están sujetos al escrutinio público y a la rendición de cuentas de su gestión.

IV. Por último, el ente obligado alega que se ha violado el debido proceso porque, en su opinión, durante la audiencia oral no se presentó el proyecto de resolución elaborado por el comisionado instructor, con lo que no se le permitió conocer la resolución a dictarse y se violó el derecho de defensa de las partes.

Es preciso aclarar que los proyectos de resolución final son presentados por el comisionado instructor al pleno y no están disponibles para las partes antes de la emisión de una decisión final, precisamente porque contienen opiniones o recomendaciones que forman parte de procesos deliberativos en curso y tienen, por tanto, la calidad de información reservada de acuerdo con el Art. 19 letra “e” de la LAIP.

La formulación de un proyecto de resolución tiene por propósito promover la celeridad en el proceso y no se ha instituido como elemento que deba formar parte del debate procesal en puridad, para eso, los entes obligados y los usuarios tienen todas las herramientas procesales a su disposición para ejercer su derecho de defensa y aportar pruebas.

En consecuencia, en el presente caso no existe ninguna violación al derecho de defensa y mucho menos del debido proceso, pues, como se desprende de un entendimiento apropiado del procedimiento de apelación el proyecto de resolución no incide en el derecho de defensa de las partes.

La resolución objeto de revocatoria no se pronunció en exceso de las facultades que la LAIP confiere a este Instituto, al contrario, la misma es producto de la observancia del principio de legalidad y, por eso, del ejercicio de una potestad previamente atribuida por la ley. En tal sentido, es oportuno aclarar que existe incongruencia cuando hay desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han planteado los términos del debate procesal, siendo los tipos de incongruencia la *plus* o *ultra petita*, la *extra petita* y la *citra*

*petita*³. Para el caso en comento no ha existido ningún tipo de incongruencia, sino que se ha resuelto en los parámetros de la legalidad.

En conclusión, no es procedente revocar la resolución definitiva emitida por este Instituto; y, para garantizar el DAIP de la apelante es necesario confirmarla íntegramente.

Por tanto, de conformidad con las razones antes expuestas y Arts. 6 y 18 Cn.; 95 y 102 de la LAIP; y, 505 del Código Procesal Civil y Mercantil, este Instituto **resuelve**:

a) **Declárese sin lugar** en todas sus partes, el recurso de revocatoria planteado por el **Banco de Desarrollo de El Salvador (BANDESAL)** contra la resolución definitiva emitida por este Instituto.

b) **Estese** a lo dispuesto en la resolución definitiva emitida por este Instituto y cumpla con lo en ella ordenado en los plazos conferidos, tanto respecto de la entrega de información como de la remisión del correspondiente informe de cumplimiento, so pena de iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio.

Notifíquese.-

-----JCAMPOS-----CHSEGOVIA-----ILEGIBLE-----
ILEGIBLE-----PRONUNCIADA POR LA COMISIONADA Y
LOS COMISIONADOS QUE LA
SUSCRIBEN"RUBRICADAS"
"RUBRICADAS"

³ Sentencia Definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de Amparo referencia 382-97 del 30 de noviembre de 1998.

**PRONUNCIADO POR LA COMISIONADA Y LOS COMISIONADOS QUE LA
SUSCRIBEN**

JC/CG