

NUE 72-A-2015 (MV)
Rosales Morales contra Ministerio de Hacienda (MH)
Resolución de recurso de revocatoria

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador a las diez horas con cincuenta y cinco 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 **Ministerio de Hacienda (MH)** contra la resolución definitiva emitida por este Instituto a las diez horas con doce minutos del día ocho de julio de dos mil quince.

I. En su recurso de revocatoria, el ente obligado alegó que en la resolución emitida por este Instituto, mediante la cual se ordena al **MH** coordinar e instruir a la fiduciaria del Consejo de Administración del Fondo de Obligaciones Previsionales (FOP), Banco de Desarrollo de El Salvador (BANDESAL), para que proporcione copia de documentación sobre la cual existe una clasificación de confidencialidad, se está ordenando a un funcionario público a que expresamente quebrante el mandato del artículo 28 de la LAIP y lo expone abiertamente a un proceso sancionatorio.

La apelante, por medio de su apoderado, expresó que todos los alegatos planteados sobre la clasificación del documento carecen de sentido porque el ente obligado ya está en conocimiento que la información sobre la emisión de certificados de inversión provisional (CIP) que hace el FOP no es de carácter confidencial, lo que es evidente pues se trata de recursos públicos, respecto de los que no hay ninguna intimidad o privacidad que proteger.

En la resolución impugnada, este Instituto claramente determinó que la información requerida es pública y ordenó al **MH** que instruyera a BANDESAL que procediera a su entrega, tomando en cuenta que durante el procedimiento se estableció que la información no obra en poder del ente obligado pese a su calidad de fideicomitente y Presidente del Consejo de Administración del FOP. Sin embargo, lo anterior no impide al **MH** cumplir con lo ordenado en la resolución definitiva, pues por su calidad dentro del FOP puede

solicitar reportes sobre emisiones e inversiones del FOP o copias de las actas que documentan la gestión del referido Consejo.

Es importante aclarar al ente obligado que la resolución definitiva no lo obliga a incurrir en la comisión de infracción por divulgar información confidencial porque ya se dijo que la información requerida por la apelante es pública por lo que su divulgación no está prohibida sino, más bien, es obligatoria. Por otro lado, el incumplimiento deliberado de las decisiones emitidas por este Instituto si podría hacer incurrir al **MH** en el cometimiento de la infracción muy grave contenida en la letra “d” de la LAIP relativa a no proporcionar información cuya entrega ha sido ordenado por el Instituto. En otras palabras, el ente obligado no cometerá una infracción por cumplir una orden de este ente garante, en cambio, su titular, en carácter personal, si podría ser sujeto de una multa derivada del incumplimiento de tal decisión.

II. El ente obligado también argumenta que en la resolución definitiva se indicó que el **MH** no es el ente competente para brindar la información requerida, no obstante, en completa contradicción y sin fundamento legal, se ordenó a su titular que coordine e instruya a BANDESAL para que la proporcione.

La apelante alegó que este Instituto no ha expresado, en ningún momento, que el **MH** no tiene los medios para obtener la información solicitada, al contrario, claramente ha expresado que tiene la facultad de solicitar los reportes suficientes para dar seguimiento a las emisiones e inversiones del fideicomiso. En ese sentido no existe ni la incongruencia o contradicción que asegura el ente obligado, ni tampoco las infracciones legales que atribuye a la resolución.

Aunque el **MH** acreditó no ser competente para poseer o custodiar la información, es innegable que, en su calidad fideicomitente del FOP y titular de la información, ha otorgado al fiduciario (BANDESAL) facultades de disposición amplias y suficientes, y tiene toda la legitimación para instruirle que entregue la información objeto de controversia. Además, el **MH** tiene la calidad de presidente del Consejo de Administración del FOP por lo que está facultado para solicitar los reportes suficientes para dar seguimiento a las emisiones e inversiones del fideicomiso y realizar todas las gestiones

necesarias para cumplir con la decisión emitida por este Instituto, incluso, requerir a BANDESAL que entregue lo solicitado por la apelante y pedir cuentas en caso de incumplimiento. Por todo lo anterior no existe la incongruencia alegada.

III. El **MH** considera que el Art. 96 letra “d” de la LAIP no habilita a este Instituto para ordenar que un ente obligado coordine o instruya a otro para que entregue la información requerida por el solicitante, lo cual es una violación innegable al principio de legalidad pues se emitió un decisión más allá de las facultades que otorga la LAIP, la cual señala en el Art. 62 que los entes obligados deberán entregar únicamente información que se encuentre en su poder.

En relación con lo anterior, el representante de la apelante argumentó que, con base en la letra “d” del Art. 96 de la LAIP, el Instituto, al resolver un recurso de apelación, está legalmente autorizado o habilitado para modificar las decisiones del Oficial de Información y, además, ordenar a la dependencia o entidad que permita al particular el acceso a la información solicitada, dentro de lo que cabe ordenar al ente obligado la realización de una conducta que sea jurídica y fácticamente viable. Asimismo, agregó que como bien lo ha aclarado la jurisprudencia constitucional el DAIP es constitucional y, por lo tanto, es esencial que las disposiciones legales que regulan su contenido y ejercicio, específicamente la LAIP, se interpreten de modo tal que posibilite la efectividad del derecho.

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. Estas facultades, lógicamente, se ejercen también por medio de las resoluciones definitivas que se emiten en los procedimientos de apelación.

El Art. 96 letra “d” de la LAIP, en lo aplicable al caso, establece que las resoluciones de este Instituto podrán revocar o modificar las decisiones y ordenar a la dependencia o entidad que permita al particular el acceso a la información solicitada. La orden de instruir a **BANDESAL** para la entrega de lo solicitado por la apelante, se enmarca dentro de las modificaciones a las decisiones impugnadas orientadas a permitir el acceso a

la información, de modo que, este Instituto no ha emitido una decisión para la cual no se encuentre facultado ni ha incurrido en una violación del principio de legalidad.

En línea con lo anterior, el inciso final del Art. 96 de la LAIP señala que este Instituto puede establecer **los procedimientos para asegurar la ejecución de sus decisiones**. En tal sentido, la orden al ente obligado de coordinar e instruir la entrega de la información en manos de BANDESAL, no es más que una expresión materializada del Art. 96 de la LAIP, que permite emitir una decisión como esa y señalar los mecanismos para su cumplimiento.

De párrafos anteriores puede concluirse claramente que el ente obligado no es ajeno a la información cuya entrega se ordena, es más, tiene la calidad de titular y de miembro del Consejo de Administración del FOP por lo que puede realizar las acciones ordenadas en la resolución impugnada, orientadas a favorecer el DAIP y a que quede clara la naturaleza pública de la información y la no oposición del **MH** para su entrega. Además, aunque el ente obligado no tenía la información al momento de la solicitud si tenía a su disposición todos los medios necesarios para requerirla por lo que la decisión adoptada por este Instituto es totalmente legal y legítima.

IV. El ente obligado considera que la resolución definitiva violenta el derecho de defensa y el derecho de igualdad debido a que se emitió una resolución incongruente y no se tomó en consideración lo alegado en el informe justificativo ni la prueba aportada, ni se valoraron los argumentos relativos a los límites al DAIP establecidos en el Art. 232 de la Ley de Bancos (LB), que sí se tomaron en cuenta en la resolución del caso NUE 64-A-2015.

La apelante, por su parte, alegró que las potestades públicas de los entes estatales no constituyen derechos constitucionales y que una orden de entrega de información pública no supone afectación a los derechos de defensa y de igualdad del ente obligado. Y es que, en este caso, la entrega de información pública no constituye afectación negativa al ámbito de competencia o a las potestades del **MH**, por cuanto no se está privando de potestades o limitando al ente obligado, como tampoco se están violando sus derechos de igualdad y de defensa.

De conformidad con los Arts. 90 y 94 de la LAIP, este Instituto debe resolver las controversias puestas a su consideración, en el ámbito de sus competencias, con base en los medios de prueba reconocidos en el derecho común, aplicando el sistema de valoración de la sana crítica; en este sentido, las pruebas aportadas por las partes deben ser evaluadas en su conjunto, permitiendo con ello que se llegue a un mayor grado de certeza, ya que existirán algunas que sirvan de respaldo y otras que ayuden a desvirtuar las menos creíbles (principio de la unidad de la prueba). De la misma manera, las pruebas incorporadas en el procedimiento son las encargadas de brindar certeza en los hechos alegados, indistintamente de la parte que la ofreció, pues la probanza no tiene como fin el beneficiar a alguna de las partes, sino al procedimiento en sí mismo.

En el presente caso, el **MH** tiene la calidad de fideicomitente y por lo tanto titular de la información; por lo que, la clasificación de la información como confidencial efectuada por su administrador (BANDESAL) no limita la facultad del ente obligado para requerirla, pues se trata de información que documenta la gestión pública realizada por el Ministro de Hacienda en el ejercicio de sus funciones, así como la identificación de acciones orientadas a la captación de fondos públicos.

Además, como consta en la misma Guía para la Administración de Información de BANDESAL a que se refiere el ente obligado en su recurso y en su informe justificativo, la Gerencia de Fideicomisos es la unidad administrativa encargada de las necesidades de información de los fideicomitentes y fideicomisarios. Es evidente, pues, que se han establecido canales internos dentro de BANDESAL para que entes como el **MH** realicen requerimientos de información sobre los fideicomisos de que son fideicomitentes, por lo que es absolutamente factible cumplir con lo ordenado por este Instituto.

Lo anterior es coherente con lo resuelto por este Instituto en la resolución definitiva de las diez horas con veinte minutos del 8 de julio de 2015 en el caso NUE 64-A-2015, citada por el **MH**. En esta resolución, claramente se estableció que 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. Es decir, es un mecanismo legal cuyo objetivo es proteger el derecho de los particulares de mantener en total confidencialidad

los detalles y la información referente a las operaciones bancarias que surgen a raíz de un fideicomiso. Sin embargo, este secreto está dirigido a particulares y por lo tanto, en principio, no es aplicable para entes públicos y mucho menos cuando se trata de manejo de fondos públicos o de su captación.

El Art. 232 de la LB está encaminado a proteger el secreto fiduciario de entes de naturaleza privada; distinto tratamiento se recibe si el fiduciario es un ente de naturaleza pública, sobre todo si el o los fideicomitentes comparten dicha naturaleza, como sucede con el **MH**, que claramente reafirma en su recurso de revocatoria que no tiene objeción con que se entregue la información.

De lo antes expuesto se colige que a partir de los argumentos y pruebas aportadas y valoradas, se ha acreditado que la información es pública; que el **MH** está facultado para coordinar e instruir a BANDESAL su entrega; y, que la resolución definitiva no contradice criterios anteriores que ameriten una fundamentación adicional como lo pretende el ente obligado, ni se ha violentado la igualdad de las partes ante la ley y en la aplicación de la ley; es más, el trato congruente e igualitario es el que exige que ambos entes obligados — BANDESAL y el **MH**— cumplan con lo ordenado por este Instituto en sus respectivos procedimientos, pues en ambos casos la decisión está orientada a procurar la entrega de la información.

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 **Ministerio de Hacienda**, contra la resolución definitiva emitida por este Instituto.

b) Estése a lo dispuesto en la resolución definitiva emitida por este Instituto y cumpla con lo en ella ordenado en los plazos establecidos, tanto respecto de la orden de coordinar e instruir la entrega de la información como de la remisión del correspondiente

