

NUE 175-A-2016 (JC)

Castro Duarte contra Fondo Social para la Vivienda (FSV)

Resolución definitiva

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las catorce horas con treinta minutos del veinticuatro de octubre de dos mil dieciséis.

1. Descripción del caso:

Carlos Belarmino Castro Duarte apeló de la resolución emitida por la Oficial de Información del **Fondo Social para la Vivienda (FSV)** que denegó el acceso a la información relativa a: **i)** Convenios entre el FSV y el Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada de los últimos dos años a la fecha; **ii)** Convenios entre el FSV y el Banco Multisectorial de Inversiones de los últimos dos años a la fecha; **iii)** detalle de cuántos créditos y montos de cartera hipotecaria comprada y vendida a raíz de los convenios; **iv)** origen de los fondos para estas transacciones”.

La negativa de la UAIP del **FSV** se basó en que la información solicitada es reservada de conformidad con lo establecido en el Art. 19 letras “e” y “h” de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP).

El Instituto admitió la apelación y se designó al comisionado **Jaime Mauricio Campos Pérez** para instruir el procedimiento y elaborar un proyecto de resolución.

En el informe de ley, el ente ratificó lo resuelto por la Oficial de Información. En la audiencia oral, el apelante no presentó medio probatorio; sin embargo, el ente obligado presentó prueba documental consistente en: i) impresión de pantalla de la administración Superior del FSV mediante el cual consta que se convocó a todo el personal para informar sobre la compra de cartera hipotecaria del IPSFA, ii) presentación realizada por la administración Superior del FSV a todos los empleados, en la que se encuentra el informe sobre la compra de cartera hipotecaria del IPSFA. Asimismo, presentó prueba testimonial.

2. Análisis del caso:

Para resolver la controversia se hará una breve referencia al derecho de acceso a la información pública (DAIP) y a la información reservada, como una de las excepciones expresamente establecidas en la ley, para luego analizar la aplicación de las causales de reserva alegadas en el caso concreto.

I. El acceso a la información pública es un derecho constitucional “implícito”, es decir, no regulado expresamente en la Constitución (Cn.), pero que tiene una condición indiscutible de derecho fundamental surgida del derecho a la libertad de expresión regulado en el artículo 6 de la Cn. El DAIP comprende la facultad de buscar, recibir y difundir datos, ideas o informaciones de toda índole, pública o privada, que tengan “interés público”. Este “derecho a saber” se enmarca en el ámbito de las libertades individuales, aunque también tiene un carácter colectivo que adquiere relevancia para el fortalecimiento del estado democrático de derecho, porque su ejercicio garantiza la transparencia y permite a las personas acceder libremente a las informaciones en poder de las instituciones del Estado, como un mecanismo de control social a la gestión pública.

El DAIP, sin embargo, no es absoluto, puesto que es susceptible de restricciones que condicionan su pleno ejercicio y una de esas limitaciones se relaciona cuando el “interés público” pueda resultar efectivamente perjudicado con la difusión de la información, después de verificarse un examen de proporcionalidad entre los bienes o valores jurídicos que se busca proteger con la publicidad y reserva de la misma.

En ese contexto, una de las excepciones al principio de máxima publicidad es la información reservada, que es aquella información pública cuyo acceso se restringe de manera expresa de conformidad con la ley, en razón de un interés general, durante un período determinado y por causas justificadas, según el concepto del Art. 6 letra e. de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP).

II. 1. En el caso bajo análisis, la declaratoria de reserva realizada por el FSV invoca las causales contenidas en el Art. 19 letras “e” y “h” de la LAIP, que prevén: “La que contenga opiniones o recomendaciones que formen parte del proceso deliberativo de los

servidores públicos, en tanto no sea adoptada la decisión definitiva” y “la que pueda generar una ventaja indebida a una persona en perjuicio de un tercero”, respectivamente.

Por otra parte, en la audiencia oral se sostuvo por parte de las declaraciones testimoniales que existe convenio entre **FSV** e **IPSFA**, pero no entre del **FSV** con el **BMI**, porque ha cambiado de razón social y ahora es **BANDESAL**; se añadió que los convenios están reservados por estrategia de auto sostenibilidad, porque hay otros entes financieros que participan y no se pueden revelar las estrategias, porque puede generar ventaja en perjuicio frente a terceros, puede causar daños directos a la población en el otorgamiento de créditos financieros, además, puede generar pérdidas económicas en la Institución, competencia desleal y desestabilidad en los empleados del FSV.

En ese sentido, consideraron que el interés común prevalece sobre el bien particular de derecho de acceso a la información. Que son los detalles de la negociación los que se han declarado como reservados en los convenios suscritos, y que en una reunión de empleados, se informó sobre la compra de cartera hipotecaria, los montos y que actividades ha realizado el FSV, sin embargo, la información está reservada. Por otra parte establecieron que los convenios que requirió el apelante están en proceso deliberativo, que el convenio del FSV con el IPSFA aún no se ha inscrito en el registro de la propiedad raíz e hipoteca del CNR, por cuanto no se ha decidido sobre la procedencia de la inscripción o no de los convenios.

El apoderado del apelante, sostuvo que las causales de información reservada son inexistentes ya que no se acreditó por el ente obligado, cuanto duró el proceso deliberativo, en el sentido de establecer si a la fecha 3 de junio de 2016 había concluido o no; sostiene que no se puede generar una ventaja indebida en perjuicio de un tercero porque el FSV maneja el 65% de los créditos hipotecarios, además que la cartera del IPSFA fue vendida a otros bancos, lo que quiere decir que los terceros también tuvieron concurso en la adquisición de la cartera y por lo tanto no puede haber condición de desventaja. Finalmente arguyó que a raíz de la solicitud de su representado, se emitió una autorización por parte de la junta directiva del FSV, para hacer una versión pública de una información reservada.

A mayor abundamiento, en las alegaciones hechas por el representante del ente obligado, expresó que el art. 30 de la LAIP hace referencia a las versiones públicas, razón por la cual el Presidente del FSV pidió autorización a la Junta Directiva, para realizar una versión pública para presentarla y dar a conocer a los empleados los avances realizados como Institución. Que en el mes de julio del presente año aún se estaba redactando y aprobando los Convenios solicitados por el apelante, aunque las negociaciones están concretizadas aún se está a la espera de la inscripción en el Centro Nacional de Regsitro a fin de determinar la inscripción de los convenios, en consecuencia aún se tiene la posibilidad de negociación.

Por otra parte señaló que revelar la información reservada puede generar ventaja frente a terceros porque hay interés por parte de las instituciones del sector y en consecuencia el beneficio que recibe la población en los créditos para vivienda. Por tanto, es por circunstancias de interés público, legales y por competencia que conforme a derecho se ha denegado el acceso a la información.

2. El IAIP ha sostenido reiteradamente que para la validez de una declaración de reserva se necesita la concurrencia de tres caracteres o requisitos: (a) legalidad, (b) razonabilidad y (c) temporalidad, y que ante la ausencia de uno de ellos debe desclasificarse la información.

(a) Legalidad. La facultad para reservar una información pública que tienen las autoridades, debe enmarcarse en el ordenamiento legal vigente, a fin de garantizar que los límites al ejercicio del DAIP estén dirigidos a la protección de otros derechos de idéntica o superior importancia.

Aunque el FSV citó dos motivos legales en los que justifica la declaración de reserva, señaló –de manera genérica- que la información solicitada se encuentra en un proceso deliberativo, ya que aún no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca del Centro Nacional de Registros (CNR), por cuanto no se tiene la certeza de la inscripción de los convenios y es posible que aún se realicen negociaciones. Por otra parte señaló –también de manera genérica- que el revelar la información afectaría las estrategias generadas por el FSV para cumplir con la función social de otorgar créditos a las personas

que no son sujetas de créditos en el sistema financiero, asimismo, que el daño se extiende a los efectos de tener pérdidas económicas como Institución, competencia desleal de terceros, y perjuicios en todos los empleados del FSV. En ese sentido, el ente obligado emitió sus argumentos, sin embargo lo ha hecho sin “fundar y motivar las razones de la denegatoria de la información”, tal como obliga el Art. 72 inciso 2º de la LAIP.

(b) Razonabilidad. Se requiere que cada institución del Estado justifique la medida de excepción al DAIP, ya que con ello se busca reducir la arbitrariedad en las actuaciones de los funcionarios con potestad para denegar la información. En esencia, resulta insuficiente que se mencionen los motivos que tuvo el ente obligado para declarar la reserva, por cuanto tales argumentos deben ser jurídicamente válidos y razonables; es decir, probando la existencia de un daño cierto y específico, actual o potencial, que pudiera producirse con la liberación de la información y que aún, en caso de producirse, éste fuera mayor que el interés público o beneficio social por conocer la información.

En ese sentido, la prueba de la existencia del daño corresponde a las instituciones estatales como consecuencia del principio de máxima publicidad, por lo que en este caso el FSV debió aportar todos los elementos necesarios para establecer que la publicidad de la información solicitada aun forma parte de un proceso deliberativo y que la decisión definitiva aún no ha sido adoptada, asimismo señalar de manera precisa la ventaja que obtendría un tercero al poseer la información.

(c) Temporalidad. La declaratoria de información reservada debe estar sujeta a un plazo definido, de conformidad a los Arts. 20 de la LAIP y 31 letra “f” del RELAIP. Y es que si no se establece un plazo determinado o determinable, podría vulnerarse el DAIP, al generar incertidumbre sobre el momento en que la información estará a disposición del público. En el presente caso, el **FSV** estableció como plazo de reserva el periodo de dos años, por cuanto se tiene por establecido que se cumple con este requisito de reserva de la información.

Por otra parte, es dable hacer notar que el ente obligado únicamente hizo referencia a la reserva de la información, en cuanto a los convenios, al realizado con el IPSFA, no así al realizado con el BMI, que como bien fue aclarado por los testigos, cambió de razón

social siendo ahora Banco de Desarrollo de El Salvador (BANDESAL); al respecto, si bien en la resolución emitida por la Oficial de Información se dio respuesta, en los argumentos dados por el representante del ente obligado expresó que actualmente no existe el BMI y que por tal razón solo se centrarían en el convenio realizado entre el FSV y el IPSFA. En ese sentido este Instituto ha sostenido que una de las funciones del Oficial de Información es orientar al solicitante en sus peticiones, por tanto, al momento de realizar el requerimiento se debió orientar que el BMI no existe sino que cambió de razón social y ahora es BANDESAL y no alegarlo en este momento del proceso; siendo pertinente que este Instituto se pronuncie sobre lo pedido por el apelante.

En definitiva, al realizar la “prueba del daño”, según el Art. 21 letra c. de la LAIP, se observa que el beneficio que produce al interés público la liberación de la información solicitada es mayor que el supuesto perjuicio de un tercero o porque la información forma parte de un proceso deliberativo; ya que no se demostró que la difusión parcial de la información pudiese ocasionar un daño cierto, específico y actual al interés jurídicamente protegido con la reserva, puesto que no se probó con elementos objetivos, que ese daño pudiese existir.

En línea con lo anterior, no es suficiente una especulación u opinión, sino que debió acreditarse que la amenaza de revelar la información relacionada es **real e inminente**, asimismo, probarse que su ocurrencia debe ser al menos mayor que la probabilidad de que ella no ocurra.

Y es que la reserva no se satisface con afirmaciones genéricas de que el acceso a la información vaya a dañar los bienes jurídicos comprendidos en las causales del artículo 19 letras “e” y “h” de la LAIP, sino que es necesaria una exposición circunstanciada de la manera que se va a producir el daño y **dar explicaciones y pruebas específicas** acerca del modo en que esos bienes jurídicos quedarán dañados.

De lo anterior se concluye que la declaratoria de reserva del FSV no reúne por los menos dos requisitos necesarios para su adopción y por consiguiente, procede declarar justificado el acceso a la información solicitada, de acuerdo con el principio de máxima publicidad.

3. Decisión del caso:

Por tanto, de conformidad con las razones antes expuestas y disposiciones legales citadas, y los Arts. 6 y 18 de la Cn., 52 inciso 3º, 58 letras b., d. y g.; 94, 96 letra d., y 102 de la LAIP; y 79 y 80 del Reglamento de la LAIP, este Instituto, **resuelve**:

a) Revocar la resolución emitida por la Oficial de Información del **Fondo Social para la Vivienda (FSV)**, de fecha 3 de junio de 2016, que denegó el acceso a la información relativa a: “**i**) convenio entre el FSV y el Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada de los últimos dos años a la fecha; **ii**) convenio entre el FSV y el Banco Multisectorial de Inversiones de los últimos dos años a la fecha; **iii**) detalle de cuantos créditos y montos de cartera hipotecaria comprada y vendida a raíz de los convenios; **iv**) origen de los fondos para estas transacciones”.

b) Ordenar la desclasificación de la información que se ha hecho mérito en esta resolución.

c) Ordenar al **FSV** que, a través de su Oficial de Información, dentro del plazo de **cinco días hábiles** contados a partir del siguiente a la notificación de esta resolución, entregue a **Carlos Belarmino Castro Duarte** la información requerida en su solicitud.

d) Ordenar al **FSV** que, dentro de las veinticuatro horas posteriores al vencimiento del plazo anterior, remita a este Instituto un informe de cumplimiento de las obligaciones contenidas en las letra “b” y “c” de esta parte resolutive, que incluya un acta en la que conste la documentación entregada al apelante, así como su recepción, y una copia del índice de información reservada actualizado, bajo pena de iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio. Este informe puede ser remitido por vía electrónica a la dirección: fiscalización@iaip.gob.sv.

e) Remitir el presente expediente a la Unidad de Fiscalización de este Instituto para que verifique el cumplimiento de esta resolución.

f) Publíquese esta resolución, oportunamente.

