

NUE 246-A-2017 (JG)

Andrade contra Banco de Desarrollo de El Salvador (BANDESAL)

Resolución de recurso de revocatoria

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las diez horas con veintinueve minutos del veinticinco de enero de dos mil diecinueve.

I. Atendiendo a la prevención realizada por este Instituto, Marlon Aldemaro Argueta Espinoza, remitió escrito a efecto de acreditar su calidad de apoderado general judicial con cláusula especial del **Banco de Desarrollo de El Salvador (BANDESAL/BDES)**, adjuntando copia certificada notarialmente de dicho poder y tenerse por parte para comparecer conjunta o separadamente con el resto de apoderados, Boris Emerson Bonilla Villatoro y Blanca Lilia Avilés.

En ese sentido, **BANDESAL** a través de los apoderados en comento, interpuso recurso de revocatoria en contra de la resolución definitiva emitida a las diez horas con veinte minutos del veinte de agosto de dos mil dieciocho, correspondiente al presente caso.

Por su parte, pese a habersele corrido traslado, el apelante **Santiago Alexander Andrade**, no emitió pronunciamiento sobre dicho recurso.

II. En dicho recurso, el ente obligado presentó un marco teórico conceptual en el que brindó consideraciones respecto a su naturaleza jurídica, del principio de legalidad de la Administración Pública, del rol de las entidades bancarias, al contrato de fideicomiso, del Fideicomiso Especial para la Creación de Empleos en Sectores Productivos Estratégicos (FECEPE) y de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP); una reseña de las consecuencias derivadas de la obligación legal de las instituciones bancarias de guardar estricto secreto y reserva de la información, concerniente a sus operaciones y de las personas y autoridades competentes para solicitar información sujeta al secreto bancario; a los principios de motivación, congruencia y seguridad jurídica, además del derecho de audiencia; expresó

algunas consideraciones relativas a nulidades procesales; y concluyó con algunas observaciones a la resolución objeto del presente recurso.

En relación a ello, agregó que a través de las disposiciones de la Ley de Bancos, se advierte la identificación de las personas y autoridades facultadas a efecto de solicitar información sujeta a secreto bancario tales como su titular, la Dirección General de Impuestos Internos, la Fiscalía General de la República, Tribunales de Justicia y otros en el ejercicio de sus atribuciones legales; siendo que si alguien distinto a los sujetos antes mencionados solicita acceso a dicha clase de información, únicamente puede proporcionársele cuando demuestre un interés legítimo previa autorización de la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF); siendo que este Instituto no aparece nominado dentro de las instituciones las cuales pueden solicitar información sujeta a secreto bancario, ni mucho menos, de aquellas facultadas para ordenarle compartir dicha clase de información con un tercero, siendo ésta una atribución exclusiva de la citada Superintendencia.

BANDESAL, sostiene haberse realizado una aplicación errónea del Art. 232 de la Ley de Bancos, por cuanto ha expuesto que de conformidad a lo estipulado en el artículo 7 de la LAIP, 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 administrador de recursos públicos, bienes del Estado o ejecute actos de la administración pública en general; concluyendo que el sujeto obligado al deber impuesto por dicho precepto legal, es necesariamente una institución bancaria, sin hacer distinción sobre su naturaleza pública o privada.

Tanto así, que el literal b) del Art. 35 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, dispone con claridad una de las obligaciones de los supervisados por la SSF es la de cumplir con las disposiciones legales aplicables a la actividad financiera-verbigracia la Ley de Bancos -, tesis confirmada con el hecho que si dichos preceptos son incumplidos, la entidad bancaria, así como sus empleados y funcionarios, se verían sujetos a las sanciones que dicha Superintendencia se encuentra facultada a imponer (Art. 44 literal a Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero), según lo expuesto.

Sumado a ello, reitero la presunta aplicación errónea del mandato consignado en el Art. 232 de la Ley de Bancos, considerando que los Comisionados de este Instituto se

atribuyeron la facultad de distinguir en aspectos no distinguidos en dicho precepto; estableciendo que dicho mandato no es aplicable para instituciones de naturaleza pública y mucho menos cuando se trata de manejo de fondos públicos; sin que dicha institución aparezca en ninguno de los preceptos contenidos en nuestra legislación.

Agregaron que el Art. 24 literal d) de la LAIP, no hace tampoco ninguna distinción relativa a sobre si la información que obra en poder de los bancos es de naturaleza pública y deber ser compartida, no estando por lo tanto este Instituto para ordenar aspectos no contemplados o no distinguidos previamente por nuestro legislador, y por ende, afirmar que la resolución impugnada se emitió sin considerar todos los aspectos legales necesarios para dicho efecto, vulnerándose con ello el Principio de Legalidad de la Administración Pública, el Principio de Congruencia, la garantía constitucional de Seguridad Jurídica, lo cual conlleva a la vulneración de sus intereses, así como del fideicomitente y el público en general, dentro del cual se encuentran los fideicomisarios.

Asimismo, expresó que el procedimiento de acceso a la información objeto del presente recurso de revocatoria, no ha seguido el curso establecido en la Ley de Acceso a la Información Pública, de la cual este Instituto funge como ente encargado de velar por su cumplimiento, disponiendo que el derecho de audiencia se rige en la Constitución y no puede establecerse encima de él ningún principio, el cual no sea de rango constitucional. En ese sentido, los principios de economía procesal, disponibilidad, prontitud y sencillez, mencionado por el Comisionado Instructor, licenciado Mauricio Antonio Vásquez López, en su informe de fecha doce de enero del dos mil dieciséis, no pueden dar por anulada la audiencia oral regulada en el Art. 91 de la Ley de Acceso a la Información Pública dado que el Art. 4 literales b), c) y f) de la LAIP, desde ninguna óptica facultan a ningún Comisionado de ese Instituto para someter al Pleno un proyecto de resolución definitiva, sin que se haya garantizado a dicho ente el derecho a ser escuchado en la audiencia; disponiendo además sobre el citado proyecto, que el Comisionado debió haber presentado el proyecto de resolución, el cual no entregó, habiendo vulnerado el debido proceso y por consiguiente inhibido a las partes de conocer la resolución a dictarse por este Instituto.

III. A continuación, se otorgaran las explicaciones correspondientes sobre los argumentos planteados por el ente obligado, a efecto de fundamentar su recurso de revocatoria:

Es importante tomar en cuenta que el art. 1 inciso primero de la Ley del Sistema Financiero para Fomento al Desarrollo, el **BDES** fue creado como una **institución pública de crédito**, de naturaleza **autónoma** y como tal se encuentra sometida al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LAIP.

Relacionado a ello, en atención a lo dispuesto en el art. 58 letra b) y 96 de la LAIP, se establece que este Instituto debe garantizar el debido ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública (DAIP) y a la protección de la información personal; siendo así, la autoridad competente para ordenar a las instituciones que forman parte de la Administración Pública y sujetas a la LAIP – incluido el **BDES-**, la entrega de información dentro de los parámetros señalados en dicha norma.¹

En el presente caso, mediante la resolución impugnada — emitida por el Oficial de Información—, la información solicitada por el apelante fue clasificada como confidencial por lo cual, se denegó su acceso. A partir de las disposiciones legales citadas, de su calidad de ente obligado y de la categoría de este Instituto como ente garante del acceso a la información pública y de la protección de datos, la conclusión lógica es que esta sede es la competente para conocer de la presente controversia, pues el objeto de discusión se encuentra comprendido dentro de nuestro ámbito de competencia, por lo que se trata del ejercicio de una potestad previamente atribuida por la ley y por ello, de un cumplimiento al principio de legalidad.

Por otra parte, es necesario retomar que el Art. 110 de la LAIP claramente establece que este cuerpo normativo se aplicará a **toda la información que se encuentre en poder de entes obligados** y, por tanto, **quedan derogadas todas las disposiciones contenidas en leyes generales o especiales que la contraríen**, incluyendo las que regulen el régimen de tal información en la Ley del Seguro Social y la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Rio Lempa. La disposición citada, también establece de manera **taxativa** las disposiciones las cuales no quedan derogadas, entre las que expresamente no se encuentra el Art. 232 de la LB.

La no incorporación del Art. 232 LB tampoco debe interpretarse, sin más, como una derogatoria. La naturaleza de ente obligado de **BANDESAL** y de la información que éste maneja, demanda que las disposiciones legales aplicables, sean interpretadas de conformidad

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 394-2015.

con la LAIP. Claramente, esto no implica que toda la información manejada por **BANDESAL** sea pública o deba considerarse como tal, sino que se exige el grado de acceso a la información generada, obtenida, transformada o conservada por él y se determine con base a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico en la cual, se considere los principios y disposiciones de la LAIP y su condición de ente obligado que maneja fondos públicos y está, por tanto, sujeto a todo control social y democrático de su gestión.

Ante tales planteamientos, este Instituto reitera los argumentos vertidos en la resolución definitiva, en el sentido que la normativa está encaminada a proteger el secreto fiduciario de información de entes de naturaleza privada; distinto tratamiento se recibe si el fiduciario es un ente de naturaleza pública. El Art. 24 letra d) de la LAIP debe interpretarse dentro del contexto del caso. Así, 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 de naturaleza pública y, mucho menos, cuando se trata del manejo de fondos públicos.**

Y ello porque el funcionamiento gubernamental debe operar bajo el principio de máxima publicidad, contemplado en el Art. 4 de la LAIP, requiriendo un manejo responsable del presupuesto. Ninguna instancia puede ni debe estar exenta del ejercicio de rendición de cuentas y de la obligación de permitir el acceso a la información, así como del control ciudadano de la gestión pública; en conclusión, 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; Pretender lo contrario, implica intentar generar zonas grises que escapen de todo control el cual garantice el manejo transparente de los fondos públicos y de su destino, conforme a los fines previstos por la ley.

BANDESAL pretende entonces, convencer o exhortar a este Instituto para cambiar una resolución apegada a Derecho bajo la premisa que de no hacerlo se verían, afectados en comparación con bancos de naturaleza privada quienes cuentan con secreto fiduciario como información confidencial. Es necesario recordar al ente obligado que por ser un ente de naturaleza pública —obligado a la LAIP—, y por constituir fideicomisos con fondos públicos,

es decir, con fondos de los contribuyentes, tiene el deber de brindar mayor información y tener mayores controles, dado que la confianza depositada a los entes de naturaleza pública proviene de todos los contribuyentes quienes tienen, por tanto, la facultad de ejercer una contraloría social sobre su gestión y demandar acceso a la información pública. Por tanto, también debe rechazarse este argumento.

Reforzando lo anterior, es necesario tomar en cuenta la Jurisprudencia Contencioso Administrativo, la cual ha confirmado los preceptos anteriores, tomando a bien que la emisión de los CIP's y la tasa de retorno y demás condiciones pactadas, es información relevante y ordinaria de la gestión pública (manejo de fondos captados de los cotizantes) que realiza el **BDES**, quien como fiduciario, realiza una gestión de interés social, ya que las características con las cuales se emiten estos títulos, servirán para pagar el sistema de pensiones. En consecuencia, es palpable la importancia de la transparencia en el manejo de ese dinero.²

Con base a ello, se insta el deber que tiene el Estado y sus entes (centralizados o descentralizados: i.e **BDES**) de ser transparentes en el manejo de los recursos públicos, para su administración y ejecución de manera correcta y eficiente, los cuales, además deben utilizarse con el fin exclusivo de satisfacer las necesidades de la ciudadana e impulsar el desarrollo del país, evidentemente asuntos que atañen a la colectividad.

Así, quien administra dichas inversiones es el **BDES**, en su calidad de fiduciario y por ello emite estos CIP's, cuya finalidad legal es financiar el pago de los beneficios previsionales establecidos en la LSAP; **por ende, se requiere que dicho ente obligado sea transparente en el manejo y gestión de los fondos públicos en comento, por lo que no se puede obstaculizar ni privar el conocimiento del manejo de los CIPs y sus características por ser de interés social y no personal.**³(resaltado propio)

Por otra parte, resulta oportuno tomar en cuenta, el principio de relevancia o trascendencia, el cual implica que las presuntas vulneraciones de índole procesal, debe de alguna manera provocar un efecto el cual genere una desmejora material en la esfera jurídica del interesado, desprotección entendida como una indefensión indiscutible que cause un daño

² Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 394-2015.

³ *Ibíd.*

irreparable al desarrollo de todo el procedimiento y genere una conculcación clara de los principios constitucionales que lo inspiran.

En ese sentido, por una parte se advierte que a lo largo del procedimiento administrativo relacionado, el ente obligado tuvo conocimiento de los hechos reprochados, a partir de lo cual, emitió su informe justificativo; exponiendo sus argumentos para negar el acceso a la información solicitada objeto de controversia y la cual, a lo largo de diversos procedimientos tramitados, ya es de conocimiento de este Instituto su posición respecto a la entrega de información relacionada al Fondo de Obligaciones Provisionales y los Certificados de Inversión.

Como tal, es oportuno descartar los vicios de ilegalidad alegados, en atención que tal como lo ha dispuesto jurisprudencia Contencioso Administrativo, si bien la LAIP prevé que el Comisionado debe presentar un proyecto de resolución, este no puede equipararse a la declaración final de voluntad del pleno del IAIP, en atención que la resolución definitiva emitida es la única que puede causarle “perjuicios”- de ser el caso-, al hoy ente obligado, siendo el IAIP quien tiene la facultad de resolver de conformidad con el art. 96 de su Ley y no el Comisionado.⁴

Asimismo, se afirma que el proyecto de resolución señalado en el art. 91 de la LAIP, no puede causarle ningún tipo de agravio, al no expresar la voluntad del ente colegiado, sino que es una sugerencia de proyecto y al estar desprovisto de facultades legales para resolver o sancionar, no genera per se vinculación para las partes, por lo que los motivos de ilegalidad aludidos, no son válidos respecto a las supuestas vulneraciones a la normativa y los derechos invocados.

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

IV. Finalmente, de conformidad con los argumentos expuestos y disposiciones citadas; además de los arts. 6 y 85 de la Constitución; 95 y 102 de la LAIP; y 505 del Código Procesal Civil y Mercantil, este Instituto **resuelve:**

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 20-2016.

