



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 000560-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00236-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN**
Entidad : **FUERZA AEREA DEL PERÚ - FONDO DE VIVIENDA FUERZA AEREA DEL PERÚ (FOVIMFAP)**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 15 de marzo de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 00236-2022-JUS/TTAIP de fecha 31 de enero de 2022, interpuesto por **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN** contra el correo electrónico¹ de fecha 20 de enero de 2022, mediante el cual la **FUERZA AEREA DEL PERÚ - FONDO DE VIVIENDA FUERZA AEREA DEL PERÚ (FOVIMFAP)**, denegó su solicitud de acceso a la información pública de fecha 14 de diciembre de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de diciembre de 2021, el recurrente solicitó a la entidad la siguiente información: *“los montos de recaudación de aportes del Fondo de Vivienda FAP de los años 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, indicando los montos provenientes de aportes de personal en actividad y en retiro”*.

Mediante correo electrónico de fecha 20 de enero de 2022, que contiene el Oficio N° NC-190-DITA N°0037, la entidad señaló: *“(…) Al respecto de acuerdo a lo informado por el Director del Fondo de Vivienda (FOVIM) y pedido de su solicitud no puede ser atendida de conformidad a lo señalado en el inciso 2) del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806 “Ley de Transparencia y acceso a la Información Pública” la misma que constituye información confidencial y por tanto establece una excepción al ejercicio del derecho del solicitante a la información. Asimismo, citada información resulta protegida por el secreto bancario/ tributario/ comercial/ bursátil (…)”*.

Con fecha 31 de enero de 2022 el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, señalando que la carga de la prueba respecto del carácter confidencial, secreto o reservado de la información solicitada le corresponde a la entidad, la cual debe motivar y acreditar de qué manera lo requerido se encuentra incluido en el mencionado supuesto de excepción.

¹ Mediante el cual adjunta el Oficio NC-190-DITA N° 0037.

Mediante Resolución 000411-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA², se admitió a trámite el citado recurso de apelación y se requirió a la entidad la formulación de sus descargos y la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública.

Con fecha 15 de marzo de 2022 con Documento NC-190-DITA-N°0299, la entidad remitió el expediente administrativo y su descargo, señalando que con Oficio NC-190-DITA-N° 0037, la Dirección de Información e Intereses Aeroespaciales notificó la respuesta al pedido de información al recurrente, indicando que:

“(…) de acuerdo con lo opinado por el Fondo de Vivienda con el Oficio NC-35-FVAJ-N° 0042 del 14 de marzo de 2022 (...) conforme al artículo 3° de la Ley 24686 (Ley de Creación de Fondos de Vivienda Militar Policial), el cual señala que constituyen recursos financieros, el aporte del personal militar (que es el 5% de su remuneración mensual) y la contribución obligatoria del Estado (que es el 2% de la remuneración del aportante), debe tenerse en cuenta lo siguiente: Los recursos financieros que se administran en este Fondo, no se encuentran constituidos ni parcial ni totalmente como recursos públicos; puesto que nuestros recursos provienen de los descuentos que se realizan por concepto de aportes y recuperación de préstamos hipotecarios que se efectúan a las remuneraciones consolidadas y pensionables del personal militar FAP aportante.

Los recursos financieros que provienen de la contribución obligatoria del Estado en su calidad de empleador, es un aporte patronal previsto en la Partida de Gasto 2.1.31.14 “Aportes a los Fondos de Vivienda”, el que una vez girado por la Fuerza Aérea a favor del FOVIMFAP, cierra el ciclo de gasto en el Sistema Integrado de Administración Financiera – SIAF (Compromiso, Devengado, Girado, Pagado y posteriormente Rendido) convirtiéndose en un gasto definitivo para la FAP y luego pasa a integrar un fondo privado, intangible, solidario, común y colectivo a cargo de la administración del FOVIMFAP.

Los recursos que administra el FOVIMFAP, no son fondos públicos; por tanto, constituyen recursos de índole privado, encontrándose dentro de los alcances de la excepción de reserva bancaria prevista en el Numeral 2 del Artículo 17° del TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Asimismo, ante el pedido de la Sub – Directora de Identificación de Riesgos en Contrataciones Directas del Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE), mediante Oficio N° D000789-2020-OSCE-SIRE del 14-09-2020 (...) dispuso nos registremos en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y consignemos la información relativa a órdenes de compra y de servicio del Fondo de Vivienda, por lo que se emitió el Oficio NC-900-FVAJ-N° 561 del 07-10-2020, que en copia se adjunta, precisando lo antes señalado, en el extremo que los fondos que administra el FOVIMFAP, son de naturaleza privada y que no es una Entidad Pública, siendo un Organismo Privado como consta en los Registros Públicos de Lima”.



II. ANÁLISIS

Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que consagra expresamente el Principio de Publicidad, establece que *“Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”*. Es decir, establece como regla general la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción.

Así, toda documentación que obra en el archivo o dominio estatal es de carácter público para conocimiento de la ciudadanía por ser de interés general, conforme lo ha

² Resolución de fecha 1 de marzo de 2022, notificada a la entidad el 7 de marzo de 2022.

subrayado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4865-2013-PHD/TC indicando que:

“La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos”

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD/TC, ha señalado respecto del mencionado Principio de Publicidad lo siguiente:

“(…) Esta responsabilidad de los funcionarios viene aparejada entonces con el principio de publicidad, en virtud del cual toda la información producida por el Estado es, prima facie, pública. Tal principio a su vez implica o exige necesariamente la posibilidad de acceder efectivamente a la documentación del Estado”.

Cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que “De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.” (Subrayado agregado).

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:



“Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, 4 la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.” (Subrayado agregado)



Asimismo, el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, en tal sentido, efectuando una interpretación contrario sensu, es perfectamente válido inferir que la administración pública tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella que se encuentra obligada a contar.

Ahora bien, de autos se aprecia que el recurrente solicitó a la entidad la entrega de información referida a *“los montos de recaudación de aportes del Fondo de Vivienda FAP de los años 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, indicando los montos provenientes de aportes de personal en actividad y en retiro”*, habiendo la entidad denegado la entrega de la referida información señalando que esta es confidencial, de conformidad con el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, resultando protegida por el secreto *“(..) bancario/ tributario/ comercial/ bursátil (...)”*

Sobre el particular, el artículo 1 de la Ley N° 24686³, ley de creación del referido fondo de vivienda, establece que *“(..) en cada Instituto de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional el Fondo de Vivienda Militar y Policial, con la finalidad de contribuir a dar solución al programa de vivienda propia para el Personal Militar y Policial en las situaciones de Actividad, Disponibilidad y Retiro con goce de pensión, dándose preferencia al personal que ha quedado lisiado y en estado de invalidez, así como a sus deudos”*. Asimismo, el artículo 2 de la referida norma precisa que el *“El Fondo de Vivienda Militar y Policial es de carácter intangible para fines no previstos por la presente Ley”*.

Por su parte los literales a) y b) del artículo 3 de la referida ley señala que constituyen recursos financieros de la entidad, entre otros, *“a) El aporte obligatorio del personal Militar y Policial en las situaciones de Actividad y Disponibilidad que no cuente con vivienda o terreno propio, con excepción del personal Militar y Policial en situación de Retiro con goce de pensión cuya aportación será facultativa”* y *“La contribución obligatoria del Estado”*, añadiendo el artículo 7 que *“Para el funcionamiento del Fondo de Vivienda Militar y Policial, cada Instituto de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional creará un Organismo Especial encargado de la administración y ejecución de las acciones que son objeto del presente Decreto Legislativo, utilizando la infraestructura administrativa de la Dirección de Economía y de las que sean necesarias para el logro de sus fines”*.

Además, el artículo 9 de la misma ley establece que la Dirección de Economía, o la que haga sus veces, realizará en cada Instituto las siguientes operaciones:



“a) Gestionar, obtener o cautelar los recursos del Fondo de Vivienda Militar y Policial, estando facultado, a propuesta del organismo especial creado por la presente Ley a colocar los fondos correspondientes a las aportaciones del Estado en el Banco de la Nación y los otros en las Entidades Financieras más conveniente a sus intereses;

b) Mantener los recursos del Fondo de Vivienda Militar y Policial, para el financiamiento de los fines del presente Decreto Legislativo, que apruebe el Comando respectivo; y,



c) Contratar obligaciones de crédito nacionales y extranjeros, así como emitir y colocar los bonos que se hace mención en la Ley N° 24686”.

Por último, el artículo 10 de la citada norma precisa que constituyen recursos financieros de los Fondos de Vivienda Militar y Policial:



“a) El aporte obligatorio del personal a que se refiere el Artículo 3 del presente Reglamento que no cuenta con vivienda propia.

b) El aporte voluntario de quienes, teniendo terreno deseen obtener un préstamo para la construcción de un casco habitable.

³ Norma que *“Crean en cada instituto de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales el fondo de vivienda militar y policial”*. En adelante, Ley N° 24686.

- c) *El aporte voluntario del Personal Militar y Policial en situación de retiro, con 70 ó más años de edad, que no siendo propietario de vivienda desee ser miembro del Fondo.*
- d) *La contribución obligatoria del Estado.*
- e) *Los intereses que perciban de sus depósitos y otras operaciones financieras.*
- f) *Los créditos internos y externos que obtengan para el cumplimiento de su finalidad.*
- g) *El producto de la venta de los inmuebles que se construyan o adquieran con sus recursos.*
- h) *Los valores que se emitan en la forma y condiciones establecidas en las Leyes sobre la materia, y*
- i) *Las donaciones y transferencias que a título gratuito reciban de personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras previa aceptación y valorización.*
- j) *Los bienes raíces que fueran afectados en uso u otros de los Institutos Armados y Policía Nacional y transferidos a título oneroso al Fondo de Vivienda respectivo”.*

En tal sentido, en mérito a las disposiciones contenidas en la Ley N° 24686, la entidad se encuentra obligada a gestionar y cautelar los recursos del Fondo de Vivienda Militar, encargándose incluso de efectuar las transferencias de los montos correspondientes a los descuentos por planilla de sus trabajadores y el aporte a cargo del Estado, debiendo orientar dichos fondos al cumplimiento de programa de vivienda propia para el personal militar y policial, por lo que resulta evidente para este colegiado que la entidad cuenta con la información materia del requerimiento.

Cabe señalar que la información solicitada consiste en los montos recaudados por el Fondo de Vivienda Militar de la FAP⁴ de los años 2017 a 2021, indicando aquellos provenientes de aportes del personal en actividad y retiro, por lo que resulta claro que dicha información requerida es general y consolidada, sin que ello implique proporcionar información individualizada sobre el aporte de cada uno de los miembros del personal militar de la Fuerza Aérea del Perú, debiendo anotarse que tales aportes tienen su origen en la condición de servidores públicos, y por ello, provenientes del erario público, por lo que tales operaciones están sujetas al control ciudadano.



Con relación a la excepción invocada por la entidad para denegar la entrega de la información solicitada, esto es el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, cabe anotar que esta no ha sustentado una “*motivación cualificada*”, conforme lo ha establecido el máximo intérprete de la Constitución, tal es así que no ha delimitado o determinado el tipo de información que pretende cautelar mediante la denegatoria del acceso a la información requerida por el recurrente, esto es, si corresponde a información referida al secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico o bursátil, sino que ha concluido de manera imprecisa e insuficiente que la información solicitada es confidencial.



Así, respecto a la reserva tributaria prevista por el artículo 85 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo N° 133-2013-EF, se establece que tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Pública, para sus fines propios, la cuantía, la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o cualquier otro dato relativo a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros, por lo que los datos consolidados de los aportes realizados por la entidad al referido fondo, provenientes de los descuentos respectivos, de ningún modo afectan la reserva tributaria, pues no existe ninguna individualización o dato previsto por el artículo 85 del Código Tributario, debiendo desestimarse dicho supuesto de excepción.

⁴ En adelante, FOVIMFAP.

Asimismo, respecto al secreto bancario, el artículo 140 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, establece que las empresas del sistema financiero, así como sus directores y trabajadores, están prohibidos de suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas de sus clientes, a menos que medie una autorización escrita, siendo evidente en el presente caso que la información solicitada por el recurrente, no corresponde de forma alguna a operaciones pasivas de ahorristas con alguna entidad financiera, por lo que el alegato de la entidad sobre la referida causal de excepción, carece de sustento.

En la misma línea, las demás excepciones contempladas en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, referidas al secreto comercial, industrial, tecnológico o bursátil, claramente no resultan de aplicación al presente caso dada la naturaleza de la información solicitada.

De otro lado, en cuanto al argumento del descargo sobre el tipo de entidad que es el FOVIMFAP y la naturaleza de los fondos que administra, se debe tener en consideración que la solicitud de acceso a la información pública fue presentada por el recurrente a la Fuerza Aérea del Perú – FAP, entidad que tiene la obligación de proporcionar toda documentación que tenga en su poder en virtud al principio de publicidad de la información pública, más aún si esta se trata de datos totalizados de aportes al FOVIMFAP correspondiente a los años 2017 a 2021, indicando los montos consolidados provenientes de aportes de personal en actividad y en retiro, información que posee la entidad por cuanto en su gestión de personal tiene a su cargo las planillas de su personal activo y cesante.

En consecuencia, no habiendo la entidad acreditado el supuesto de excepción alegado, bajo el análisis precedente se concluye que la información requerida es de acceso público, corresponde amparar el recurso de apelación formulado por el recurrente, debiendo la entidad proceder con su entrega.

Finalmente, en virtud a lo establecido por el artículo 35° del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la referida norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere dicha ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el artículo 376° del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Por los considerandos expuestos y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de Apelación interpuesto por **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **FUERZA AEREA DEL PERÚ - FONDO DE VIVIENDA FUERZA AEREA DEL PERÚ (FOVIMFAP)** que entregue la información solicitada por el recurrente conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **FUERZA AEREA DEL PERÚ - FONDO DE VIVIENDA FUERZA AEREA DEL PERÚ (FOVIMFAP)** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución respecto a la información solicitada por **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN**.

Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente Resolución a **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN** y la **FUERZA AEREA DEL PERÚ - FONDO DE VIVIENDA FUERZA AEREA DEL PERÚ (FOVIMFAP)** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma señalada en el artículo precedente.

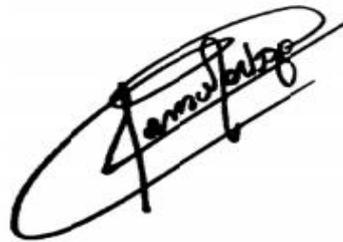
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presicente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal