

Dictamen DPAyTSP Nro. 09/2010

Santa Fe "2010 Año del Bicentenario de la Revolución de Mayo"

15 de Noviembre de 2010

Ref. PEDIDO DE ACCESO A LA
INFORMACION DECRETO 692/09.
CALIDAD DE DIPUTADO PROVINCIAL DEL
SOLICITANTE. SUJETO REQUERIDO DEL ART.
4: ENAPRO (ENTE PUBLICO NO ESTATAL)
Expte.: 02004-0000686-0

La Dirección Provincial de Anticorrupción y Transparencia del Sector Público, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su carácter de Autoridad de Aplicación del Sistema de Acceso a la Información Pública, procederá a emitir opinión en los términos de lo dispuesto en el inc. d) del art. 30 del decreto 692/09

1. ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se inician como consecuencia de un pedido de acceso a la información en los términos del decreto provincial Nro. 629/09, realizado por el Lic. Marcelo Gastaldi, mediante la cual requiere una serie de información en el modo de reproducción con copias a su cargo, que pertenecería y habría sido producida por el

Ente Administrador del Puerto Rosario, en adelante ENAPRO.

Indica que su petición tiene carácter urgente y que no ha obtenido respuesta a dos misivas que le enviara al ENAPRO en forma previa a esta presentación.

Solicita que no se apliquen los plazos que establece el decreto 692/09 y que se le otorgue la reproducción de copias en un plazo de 48 hs.

A su vez, el peticionante invoca su condición de Diputado Provincial, miembro electo como representante del pueblo, y dice que la negativa o reticencia no hace mas que entorpecer el ejercicio del rol de control constitucional de la gestión publica que los particulares le han delegado.

A fs. 6, 7, 8 y 9 se agregaron constancias de las repercusiones periodísticas que tuvo la presentación que da origen a estas actuaciones.

Mediante nota de fecha 9 de noviembre de 2010 el Presidente del ENAPRO remite a esta Autoridad de Aplicación copia de las misivas que el peticionante manifiesta que no le han sido respondidas, las que obran en copia a fs. 11, 12 y 13.

Respecto de la obrante a fs. 11/12 de fecha 1 de noviembre de 2010 se observa que su objeto no constituye un pedido de acceso a la información. Sin embargo, la obrante a fs. 13 de fecha 2 de noviembre de 2010 y recibida por el ENAPRO en fecha 3 de noviembre de 2010 conforme constancia de fs. 14, si tiene por objeto un claro pedido de acceso a la información, que en lo esencial coincide con lo requerido en la presentación que da origen a las presentes actuaciones.

En este estado y con estos antecedentes, y atento a que en la nota remitida por el Presidente del ENAPRO (agregada a fs. 10) se manifiesta que se remite la misma a los efectos que corresponda, esta

Dirección Provincial de Anticorrupción y Transparencia del Sector Público, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su carácter de Autoridad de Aplicación del Sistema de Acceso a la Información Pública, emitirá la presente opinión, en los términos de lo dispuesto en el inc. d) del art. 30 del decreto 692/09 aprovechando esta oportunidad para establecer jurisprudencia administrativa en esta materia, e interpretación de diferentes situaciones que se dan en el caso concreto, sin perjuicio de su carácter no vinculante.

2. CONSIDERACIONES Y OPINIÓN LEGAL

2.1 - LA UBICACIÓN DEL ENTE ADMINISTRADOR DEL PUERTO ROSARIO (ENAPRO) EN EL MARCO DEL DECRETO 692/09

Lo primero que es necesario analizar, siendo el sujeto requerido el ENAPRO, es si este último se encuentra comprendido, a criterio de esta Autoridad de Aplicación, en alguna de las categorías de sujetos obligados que prevén los arts. 2, 3 y 4 del decreto 692/09.

Para ello debemos hacer una pequeña referencia a su naturaleza jurídica y pronunciarnos acerca de su actividad.

El ENAPRO fue creado por ley provincial Nro. 11.011 a fin de cumplir con las exigencias de la ley nacional 24.093 (art. 12) y obtener de ese modo la transferencia a favor de la Provincia de Santa Fe el dominio y la administración portuaria del Puerto Rosario (art. 11 de la ley 24.093).

En el artículo 1 de la ley 11.011 se establece que la naturaleza jurídica del ENAPRO es la de una persona jurídica pública No Estatal a la cual se le ha dado la función de administración y explotación del Puerto de Rosario, manteniendo el destino comercial, la actividad portuaria específica aún en caso de destino multipropósito y el uso público de los mismos.

La calificación de Persona Jurídica Pública No Estatal excluye al sujeto requerido de los sujetos obligados por el art. 2 del decreto 692/09, ya que dichos sujetos pertenecen todos a la estructura del Estado, en el marco del Poder Ejecutivo.

Siguiendo con el análisis a los fines propuestos, en la especie podemos observar una concesión al ENAPRO por parte del Estado Provincial respecto del uso de un bien del dominio público provincial, que en este caso son las instalaciones del Puerto Rosario (los puertos que sean de propiedad pública pertenecerán al dominio público conforme el art. 2340 incs. 2º y 7º del Código Civil).

Vemos también que la Provincia le concede al ENAPRO la administración y explotación de dicho bien del dominio público provincial (art. 1 de la ley 11.011), lo cual se concretará lógicamente a través de la prestación de los denominados servicios portuarios, categoría genérica dentro de la cual podemos señalar servicios específicos como lo son, entre otros, el practicaje, el amarre, la señalización, el remolque, etc.

Sin que sea directamente el objeto de este dictamen, aunque si una cuestión esencial a los fines de determinar el encuadre o no del ENAPRO como posible sujeto obligado del decreto 692/09, es necesario referirnos aunque sea someramente al carácter o no de servicio público de los servicios portuarios prestados.

Si bien en nuestro país y a partir del nuevo régimen jurídico instaurado en materia de puertos y actividad portuaria instaurado por la ley 24.093, nada se dice de la naturaleza jurídica de "los servicios portuarios, *"no podría necesariamente de dicha omisión arribarse a la tesis negatoria del carácter de servicio público de los mismos por el hecho de que, dentro del nuevo marco legal, operen empresas particulares, ya sean como responsables o titulares de puertos propios, o*

como concesionario de puertos provinciales o como operadores de terminales portuarias dentro de la infraestructura de otro puerto particular o estatal".¹

Según Marienhoff, el servicio público es un concepto en constante evolución. Gaspar Ariño Ortiz² dice que la apertura de los servicios públicos a la competencia se caracteriza, entre otras notas, por la no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino solo de algunas tareas o misiones concretas dentro de aquel; en consecuencia habrá que tener por servicio público las tareas de interés general en cada sector concreto, y no hay duda de que existen estas tareas en el conjunto de los servicios portuarios que se prestan en el marco de la actividad portuaria que desarrolla el ENAPRO.

De lo dicho, es opinión de esta Autoridad de Aplicación que el ENAPRO es un sujeto comprendido en los términos del decreto 692/09, a partir de las disposiciones contenidas en su art. 4 en tanto este refiere a "*.... persona ajena a la administración la prestación de un servicio público o el uso y/o la explotación de un bien del dominio público*".

2.2- LAS NORMAS APLICABLES DEL DECRETO 692/09

De lo anteriormente descrito debemos advertir que en el marco del decreto 692/09 existen algunas diferencias en el tratamiento de la solicitud cuando la misma fuere dirigida a los sujetos comprendidos en el art. 2 de cuando la misma fuere dirigida a los sujetos comprendido en los arts. 3 y 4.

Puntualmente mencionamos los siguientes aspectos diferenciales aplicables a los sujetos comprendidos en el art. 4 (lo mismo es de

¹ Navajas Rebollar, Miguel "Régimen jurídico administrativo de los Puertos", Madrid, Marcial Pons, 2000

² Ariño Ortiz, Gaspar – De la Cuetara, J.M – Martínez Lopez Muñoz, J.L en "El Nuevo Servicio Público". Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Marcial Pons, 1997.

aplicación a los comprendidos en el art. 3), en el marco del régimen general de las disposiciones contenidas en el decreto 692/09:

- a) El objeto de las solicitudes se encuentra acotado por lo dispuesto en el artículo 6 último párrafo: *"En los casos del artículo 4º se considerará información pública en los términos del presente decreto y a los fines de su acceso, aquella que se relacione directamente con el objeto del permiso, la licencia, la concesión y/o del acto por el cual se le haya otorgado la prestación del servicio público o el uso y/o la explotación de un bien del dominio público y que refiera a un interés general y/o público.*
- b) las solicitudes se presentan directamente ante el sujeto requerido y se tramitan y resuelve en su ámbito, sin intervención de la Autoridad de Aplicación (conf. art. 19 2do.párrafo) ni de ninguna otra autoridad pública.
- c) el plazo de respuesta es de 15 días hábiles (conf. art. 23)

2.3- SITUACION DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN ANTE LOS PEDIDOS DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA DIRIGIDOS A LOS SUJETOS REFERIDOS EN LOS ARTS. 3 Y 4 DEL DECRETO 692/09

En primer término corresponde señalar que en los casos de solicitudes de acceso a la información dirigidas a los sujetos comprendidos en el art. 4 del decreto 692/09 (igual que en los casos de aquellas dirigidas a los sujetos del art. 3) la Autoridad de Aplicación no interviene como órgano receptor de dichos pedidos, ya que el sistema de presentación centralizado de los pedidos de acceso a la información pública por ante la Autoridad de Aplicación solo procede cuando aquellas fuesen dirigidas a alguno de los sujetos mencionados en el art. 2 (conf. art. 19 del decreto 692/09).

Es por lo anterior que la reiteración ante esta Autoridad de Aplicación de la presentación ya formulada ante el ENAPRO (la de fecha 2 de noviembre de 2010) no podrá ser tomada en este ámbito como un nuevo pedido de acceso a la información pública, y será considerada simplemente como un anoticiamiento de dicha presentación; y que por la circunstancia del estado público que ha tomado y la especificidad del sujeto requerido, esta Autoridad de Aplicación ejercerá sus competencias surgidas del art. 30 del decreto 692/09, a fin de emitir opinión sobre la situación de la que ha tomado conocimiento y que se encuentra en trámite.

Tampoco podrá ser considerada como una "denuncia de incumplimiento" atento a que a la fecha del presente dictamen no se verifica incumplimiento de conformidad a lo que se manifiesta al pto. 2.5

Que además es preciso decir que los sujetos comprendidos en los arts. 3 y 4 del decreto 692/09 también están bajo la órbita de las competencias de la Autoridad de Aplicación del Sistema de Acceso a la Información Pública, y por ende sujetos a sus competencias, sin perjuicio de que la opinión emitida por la Autoridad de Aplicación no es vinculante para los sujetos obligados, quienes pueden tomar un camino diferente al que fuera sugerido.

2.4- DE LAS FORMALIDADES PARA LA PRESENTACION DE LAS SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACION

El art. 18 del decreto 692/09 establece las formalidades que deben contener las solicitudes de acceso a la información, y viendo la petición obrante a fs. 13 de fecha 2 de noviembre de 2010, debemos concluir que la misma cumple con dichas formalidades.

Es importante aclarar que el hecho de que en la petición no se

indique en forma expresa que se trata de una solicitud de acceso a la información en los términos del decreto 692/09 (lo cual sin duda puede complicar al sujeto requerido en identificar ese tipo de peticiones y en consecuencia ayudar a que no se ele de el tratamiento debido), ello no es un requisito formal de estas presentaciones, debiendo tenerse en cuenta la sustancia del pedido para saber si el mismo debe ser tenido por un tramite que debe estar encuadrado en la norma mencionada.

Ello hace asimismo al principio de informalidad consagrado en el art. 9 de decreto 692/09

2.5- DE LA LEGITIMACION ACTIVA: INVOCACION DE LA CALIDAD DE DIPUTADO PROVINCIAL

El decreto 692/09 opta por reconocer una legitimación activa amplia y sin restricciones para el uso del mecanismo de acceso a la información pública que regula conforme lo dispone al art. 8 al decir que *"Toda persona física o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo, ni contar con patrocinio letrado"*

De dicha norma se observa que no se requiere acreditar ni derecho subjetivo, ni interés legítimo, ni invocar situaciones especiales de posicionamientos institucionales para acceder a la información pública mediante el uso del instrumento regulado mediante el decreto 692/09.

Es por ello que se reconoce que el ejercicio del derecho de acceso a la información referido en las convenciones internacionales que invoca el peticionante en su presentación, está dirigido a las personas en general, por su sola calidad de tal, sin distinciones de ninguna naturaleza, en condiciones de igualdad, y de allí que se lo considere incluso un derecho humano fundamental (caso "Claude

Reyes y Ot. vs. Chile" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 19/09/2006).

En consecuencia, la invocación de la calidad de diputado provincial no le agrega derechos al peticionante ni lo pone en situación especial respecto de otras personas que no posean esa calidad ni ninguna otra; por otro lado, la invocación de dicha calidad no le impide de ningún modo ejercer el derecho de acceso a la información pública, y utilizar para ello el mecanismo del decreto 692/09, siendo este el marco jurídico en el cual deberá ser considerado el peticionante en sus derechos no por su calidad de diputado, sino en su calidad de miembro integrante de una sociedad a la cual le alcanza las disposiciones normativas que reconocen el ejercicio del derecho de acceso a la información.

Es oportuno señalar asimismo que el control constitucional al que se refiere en la presentación de fs. 1 y que hace a la esencia del sistema republicano de gobierno en tanto control del Legislativo hacia el Ejecutivo mediante el pedido de informes, está previsto en el artículo 54 de la Constitución Provincial y reglamentado en los arts. 186 y ss. del Reglamento Interno de la Cámara de Diputados de la Provincia, tratándose de un instrumento diferente al contemplado en el decreto 692/09.

Como ya dijimos, el instrumento contenido en el decreto 692/09 tiende a hacer operativo el ejercicio del derecho de acceso a la información pública reconocido a toda persona, y que al no exigirse la acreditación de un derecho subjetivo, ni un interés legítimo ni la expresión de los motivos, se lo reconoce también en su vertiente de "derecho colectivo" (y no solo de "derecho individual"), cobrando de tal modo un carácter público ó social y convirtiéndolo en un instrumento de "control institucional" por parte de los ciudadanos respecto de la

actuación de los ámbitos subjetivos obligados por el decreto 692/09 (sería deseable, y esta Autoridad de Aplicación espera que así sea, que finalmente la Provincia de Santa Fe cuente con una ley de Acceso a la Información Pública de modo que pueda permitirse expandir ese control institucional de los ciudadanos a cualquiera de los Poderes del Estado).

2.6- DE LOS PLAZOS DE CONTESTACION.

Es necesario ahora referirnos a la manifestación del peticionante en cuanto a la situación de incumplimiento por parte del ENAPRO.

Como ya adelantáramos, es la misiva de fecha 2 de noviembre de 2010 la que puede considerarse como un pedido de acceso a la información pública que debe tramitar por las disposiciones del decreto 692/09, habiendo sido la misma recibida por el ENAPRO en fecha 3/11/2009.

Atento a ello, por aplicación de los plazos de respuesta que surgen del art. 23 del decreto 692/09, no habría a la fecha de la emisión del presente dictamen (ni tampoco a la fecha de la presentación que da origen a las presentes actuaciones), incumplimiento por parte del ENAPRO en cuanto a la resolución y/o respuesta de la solicitud de información.

Es cierto que se trata de un plazo máximo de respuesta; mas la decisión del modo y el momento de contestar es una circunstancia que queda al arbitrio del sujeto requerido, y ajena a esta instancia.

Por lo tanto, no podrá hablarse de incumplimiento en tanto y en cuanto no se encuentren vencidos los plazos legales de respuesta que prevé la norma.

2.7- DE LA RESPUESTA

Por último cabe señalar, conforme a lo ya manifestado a lo largo de la presente intervención, que las solicitudes dirigidas a los sujetos comprendidos en los arts. 3 y 4 del decreto 692/09 no solo deben presentarse ante los mismos sino que además "... tramitará directamente ante los mismos" (conf. art. 19 último párrafo del decreto 692/09).

De ello se deduce que todo el procedimiento, desde la presentación hasta la respuesta, se desarrolla ante el sujeto requerido sin intervención de ninguna autoridad pública, salvo la actuación que le pudiera caber en su caso a la Autoridad de Aplicación.

De allí que es el sujeto requerido, en este caso el ENAPRO, quien deberá tramitar en su ámbito la solicitud de acceso a la información, y deberá hacerlo en el marco de las disposiciones contenidas en el decreto 692/09, debiendo tener en cuenta el concepto de información pública que para estos casos contiene el art. 6.

En consecuencia, la información que posea en ENAPRO y que quede comprendida en el concepto de información pública que surge del art. 6 con la aclaración contenida en el último párrafo de dicho artículo, gozará en principio de la presunción de publicidad (art. 10). Sin perjuicio de ello, será el sujeto requerido quien deberá verificar en el caso concreto si dicha presunción no se encuentra restringida por alguna de las excepciones contenidas en el art. 14 ó en alguna otra norma del ordenamiento jurídico que establezca una excepción a su acceso.

Esto es de gran importancia a tener en cuenta ya que las normas de acceso a la información tienden a establecer un régimen jurídico en cuya órbita se puedan definir las solicitudes de los particulares, debiendo tener presente los sujetos requeridos tanto el principio de publicidad como también la existencia de situaciones en donde la

propia norma le veda permitir el acceso.

3. CONCLUSIÓN

De lo manifestado se puede concluir, como opinión de esta Autoridad de Aplicación en los términos del art. 30 inc. d), que:

PRIMERO: el ENAPRO estaría, según opinión de esta Autoridad de Aplicación, comprendido entre los sujetos obligados del art. 4 del decreto 692/09 y por lo tanto recomendar al mismo tener especial atención en las solicitudes de información que reciba ya que la misma podría ser encuadrada, si correspondiera, en los términos del decreto del Poder Ejecutivo Provincial Nro. 692/09

SEGUNDO: la solicitud presentada por el Licenciado Marcelo Gastaldi debería ser tenida como una petición de acceso a la información en los términos del decreto 692/09 y tramitarse en el marco de dicha normativa conforme las consideraciones apuntadas, salvo opinión en contrario del sujeto requerido.

TERCERO: es el ENAPRO quien debe dar trámite y resolver las solicitudes de acceso a la información en el marco de las disposiciones del decreto 692/09, conforme el régimen aplicable a los sujetos comprendidos en el art. 4 del decreto 692/09, teniendo en cuenta el concepto específico de "información pública" contenido en el art. 6 último párrafo, y luego el principio de publicidad (art. 10) y las situaciones de posible excepción a la norma (art. 14).

CUARTO: el plazo para estos casos es el establecido en el art. 23 del decreto 692/09, y como consecuencia de no estar vencido el mismo no se verifica incumplimiento por parte del ENAPRO hasta la fecha de emisión de esta opinión.



Dr. PAULO A. FRIGUGLIETTI
DIRECTOR PROVINCIAL ANTICORRUPCIÓN Y
TRANSPARENCIA DEL SECTOR PÚBLICO
MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS