



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN 000455-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00308-2021-JUS/TTAIP
Impugnante : **ROBERTO PEREDA GÁLVEZ**
Entidad : **SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 5 de marzo de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 00308-2021-JUS/TTAIP de fecha 15 de febrero de 2021, interpuesto por **ROBERTO PEREDA GÁLVEZ**¹ contra la respuesta brindada a través del Oficio N° 383-2021-SMV/12.2, notificado mediante correo electrónico de fecha 28 de enero de 2021, mediante el cual la **SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES**² denegó parcialmente la solicitud de acceso a la información pública de fecha 15 de enero de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

El 15 de enero de 2021, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad en copia digital certificada la siguiente información:

"(...)

- *Todos los documentos contenidos en el Expediente N° 2020031434 (a la fecha hay 239 ítems).*
- *Consulta formulada a SERVIR por el OCI de la SMV relacionado con el Servicio de Control "Pago de beneficios económicos a directivos superiores y servidores de confianza de la SMV derivados de Convenios Colectivos" y la respectiva respuesta de SERVIR.*
- *Pliegos de hechos comunicados por el OCI DE LA SMV a trabajadores de la SMV a que se refieren los memorandos N° MEMORA DUM N° del 104 al 109-2020-SMV/04/CE que no están en el expediente del SMV Doc N° 2020031434 y que estarían en otro expediente."*

A través de la respuesta brindada mediante el Oficio N° 383-2021-SMV/12.2, notificado mediante correo electrónico de fecha 28 de enero de 2021, la entidad comunicó al recurrente que la solicitud *"(...)* fue derivada al Órgano de Control Institucional de la SMV, producto de lo cual nos hicieron llegar la respuesta a su solicitud vía correo electrónico, en el cual adjuntan un enlace con el contenido de la

¹ En adelante, el recurrente.

² En adelante, la entidad.

información pública y dan el sustento legal por la información que nos es posible hacerle llegar. En ese sentido, adjunto el correo el mismo que se explica por sí solo.”

Sobre el particular, corresponde señalar que el correo electrónico del OCI de la entidad con fecha 27 de enero de 2021, adjunto al oficio en mención, expone lo siguiente:

“(…)

Al respecto, es preciso señalarse que la citada información y/o documentación corresponde a lo requerido por el Sr. ROBERTO PEREDA GÁLVEZ; lo cual se está alcanzado por cada numeral solicitado, según el siguiente detalle:

1. Documentos contenidos en el Expediente digital N° 2020031434.-

Se están remitiendo (186) documentos y/o archivos de libre acceso; asimismo se comunica que existen (53) documentos no son de acceso público (se adjunta relación), debido a que constituyen información que no puede divulgarse debido a que podría ocasionar daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de los servidores de la SMV, conforme se detalla en el numeral 1) de la sección II del Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS suscrito por la Sra. Lizbeth Cerpa Silva, Abogada del OCI.

2. Consulta formulada a SERVIR.-

Se remite (3) documentos y/o archivos que corresponden a la consulta formulada a SERVIR por el OCI de la SMV relacionado con el Servicio de Control “Pago de beneficios económicos a directivos superiores y servidores de confianza de la SMV derivados de Convenios Colectivos” y la respuesta respectiva, por ser de información de acceso público.

3. Pliego de hechos comunicados a servidores de la SMV.-

No se otorga la citada información y/o documentación debido a que no son de acceso público por lo que su revelación o entrega a terceros, podría ocasionar daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de dichos servidores, en dicho extremo, los cuales están protegidos por el artículo 2°, inciso 7) de la Constitución Política del Perú, así como por la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, de acuerdo a lo señalado en el numeral 3) de la sección II del Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS suscrito por la Sra. Lizbeth Cerpa Silva, Abogada del OCI”.

El 15 de febrero de 2021, el recurrente interpone ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando que *“(…) se ha denegado al suscrito la entrega de cincuenta y tres (53) documentos contenidos en el expediente N° 2020031434 y de los pliegos de hechos comunicados por el OCI-SMV a los trabajadores de la SMV a que se refieren los memorandos del Nro. 104 al Nro. 109-2020-SMV/04/CE, sobre la base de que la revelación o entrega a terceros, podría ocasionar daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de los servidores de la SMV, según habría sido expuesto en el Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS, el cual, cabe precisar, no ha sido notificado al suscrito, hasta la fecha; pese a que dicho informe sirvió de fundamento para que se denegara el acceso a parte de la información solicitada.*

Asimismo, de la lectura del correo del OCI-SMV con fecha 27 de enero de 2021, se advierte que dicho órgano no ha especificado en qué supuesto de excepción de los artículos del 15 al 17 de la Ley de Transparencia se encuentra protegida la información denegada ni el plazo por el que se prolongará dicho impedimento, pese a lo exigido en los artículos 18, primer párrafo, y 13 del referido cuerpo legal.

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, también se ha advertido que el OCI de la SMV, en su correo del 27 de enero de 2021, no ha acreditado, de modo razonable, de qué manera cada uno de los documentos a los que se me ha denegado el acceso pone en riesgo los cuatro (04) derechos fundamentales invocados por dicho órgano: (i) derecho al honor de los servidores de la SMV, (ii) derecho a la buena reputación de los servidores de la SMV, (iii) derecho a la intimidad personal de los servidores de la SMV, y (iv) derecho a la intimidad familiar de dichos servidores.

(...)

En adición, sin perjuicio de lo expuesto previamente, es necesario señalar que los referidos pliegos de hechos y demás información solicitada por el suscrito, y que el OCI-SMV se niega a entregarme, se trata de 10 escritos dirigidos por el OCISMV a 10 trabajadores o ex trabajadores de la SMV como parte de su denominado Servicio de Control Específico al 'Pago de beneficios económicos a directivos superiores y servidores de confianza de la SMV derivados de Convenios Colectivos' gestionado o contenido en el Expediente N° 2020031434, servicio que ha concluido a mediados de diciembre de 2020.

En efecto, los resultados finales de tal servicio de control se han publicado en el Portal de La Contraloría, en el enlace web: web:

<https://appbp.contraloria.gob.pe/BuscadorCGR/Informes/Avanzado.html>. En dicho enlace se aprecia que se ha publicado el Informe y la ficha resumen del referido servicio de control:

https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2020CPO000400017&TIPOARCHIVO=ADJUNTO

https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2020CPO000400017&TIPOARCHIVO=RE."

(...)

Asimismo, es preciso destacar que el argumento del OCI-SMV para denegar los referidos pliegos de hechos, aduciendo que su revelación o entrega a terceros, podría ocasionar daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de dichos servidores no es consistente con el hecho de que la misma OCI-SMV ha sido quien ha originado la referida publicación y difusión en el Portal de La Contraloría de los resultados de su servicio de control.

Mediante Resolución 000319-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA³ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la presentación del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública, así como la formulación de sus descargos⁴.

³ Resolución de fecha 19 de febrero de 2021, notificada al correo electrónico de la entidad: tramite_documentario@smv.gob.pe, el 19 de febrero de 2021 a las 18:25 horas, con confirmación de recepción de la propia entidad el 22 de febrero del mismo año a horas 14:23, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁴ Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes Física y Virtual correspondiente al día de hoy.

Con Oficio N° 805-2021-SMV/05, presentado el 26 de febrero de 2021, la entidad elevó a esta instancia “(...) el Expediente N° 2021001574 (Expediente electrónico) que consta de cuarenta y tres (43) folios, más la declaración jurada del Fedatario de la SMV, en formato PDF”.

Asimismo, la entidad presenta a esta instancia sus descargos a través del escrito de fecha 26 de febrero del mismo año, argumentando lo siguiente:

“(...)

A. CON RELACIÓN A 53 DOCUMENTOS CONTENIDOS EN EL EXPEDIENTE N° 2020031434 QUE NO FUERON ENTREGADOS AL RECORRENTE:

(...)

Al respecto, conforme se fundamentó en el Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS del 21/enero/2021 respecto a los documentos solicitados del Expediente digital N° 2020031434:

“1. Documentos contenidos en el Expediente digital N° 2020031434.- Se están remitiendo (186) documentos y/o archivos de libre acceso; asimismo se comunica que existen (53) documentos no son de acceso público (se adjunta relación), debido a que constituyen información que no puede divulgarse debido a que podría ocasionar daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de los servidores de la SMV, conforme se detalle en el numeral 1) de la sección II del Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS suscrito por la Sra. Lizbeth Cerpa Silva, Abofada del OCI”

Es decir, se fundamentó que los 53 documentos que no fueron brindados se debieron a que podrían originar un daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de algunos servidores de la SMV.

Empero, antes de explicar porque podría vulnerarse derechos fundamentales de otros servidores de la SMV, cabe precisar que los ítems del expediente digital N° 2020031434 y cuya documentación fue denegada y/o entregada en parte, existen 5 ítems que se repiten en la forma siguiente:

- *El contenido total del ítem 39 se repite en el ítem 49.*
- *El contenido total del ítem 40 se repite en el ítem 50.*
- *El contenido total del ítem 41 se repite en el ítem 51.*
- *El contenido total del ítem 42 se repite en el ítem 52 y en el ítem 65.*

Ello en razón que los ítems 39, 40, 41 y 42 fueron registrados como Anexos del Memorándum N° 2480-2020-SMV/08 emitido por la Oficina General de Administración, vueltos a presentar y registrados nuevamente, en los ítems 49, 50, 51 y 52 por la Unidad de Recursos Humanos, como parte de los Anexos de su Memorándum N° 2482-2020-SMV/08.02, y posteriormente la documentación correspondiente al ítem 52, fue registrada por segunda vez, por la Unidad de Recursos Humanos, al ser dicho documento parte del anexo de su Memorándum N° 2632-2020-SMV/08.02.

Con relación a las Planillas y Boletas de Pago de los servidores de la SMV

Respecto a los ítems 39 (o ítem 49), 40 (o ítem 50), 41 (o ítem 51), 42 (o ítem 52), 6ª, 65, 70, 71, 72, 73, 78 y 101, corresponden a Planillas de Remuneraciones en detalle, Boletas de Pago de trabajadores de la SMV y Comprobantes de Pago

SIAF, que entre sus documentos anexos contienen relación de trabajadores, sus cuentas bancarias, y montos netos a depositar a cada trabajador.

(...)

Es decir, contienen datos personales de los trabajadores que no son públicos y que su difusión pudiera comprometer y/o afectar la intimidad personal o familiar del titular d ellos mismos como códigos, deducciones, aportaciones y/o descuentos de los servidores por concepto de tributos, aportes a los Sistemas de Pensiones y Salud, seguros, cuotas sindicales, descuentos autorizados (préstamos), o retenciones por mandato judicial, y conceptos similares; documentos que se enmarcan en la excepción establecida en el numeral 5) del artículo 17° del TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS.

Ahora bien, cabe precisar que, si bien los ingresos económicos de las personas que prestan servicios en las entidades de la administración pública es de acceso público; por lo que, en aplicación del artículo 19 del TUO de la Ley N° 27805, se puede disociar (tarjando, ocultando) o realizar versiones públicas de documentos; sin embargo, debemos señalar que tanto las planillas como las boletas de pago son documentos creados y/o generados por la Unidad de Recursos Humanos de la entidad, quien es propietaria de dicho proceso, el cual forma parte de Sistema de Gestión de Recursos Humanos del Estado; por lo que la Oficina de Control Institucional de la SMV, no cuenta con la competencia y/o atribución para realizar dichas acciones, máxime si conforme lo establece el literal a) del numeral 7.3.1 de la Directiva N° 20-2020-CG/NORM “Directiva de los Órganos de Control Institucional”, aprobada por Resolución de Contraloría N° 392-2020-CG del 30/diciembre/2020, el Jefe y el personal del OCI en el ejercicio de sus funciones, están prohibidos de realizar o intervenir en funciones y actividades inherentes al ámbito de competencia y responsabilidad de la administración y gestión de la entidad. Siendo esta la razón por la cual las copias de las Planillas y Boletas de Pago de los servidores de la SMV, registrados en el expediente N° 2020031434, no fueron entregados por el OCI-SMV.

Con relación a los Comprobantes de pago SIAF que adjuntan cuentas bancarias y montos netos a depositar a los servidores de la SMV

Respecto a los ítems 40 (o ítem 50), 41 (o ítem 51), 42 (o ítems 52 o 65) y 101, corresponden a Comprobantes de pago SIAF, que entre sus documentos anexos contienen relación de trabajadores, sus cuentas bancarias, y montos netos a depositar a cada trabajador; ahora bien el numeral 2) del artículo 17° del TUO de la Ley N° 27806 señala que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercicio respecto a: “La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente”. En ese sentido, la información relacionada a las cuentas bancarias de los servidores de la SMV, se encuentra protegida por el secreto bancario y forma parte de la información confidencial. Asimismo, en el caso de los montos netos a depositar, estos son el resultado de descontar a las remuneraciones, las deducciones, aportes y/o descuentos de los servidores por concepto de tributos, aportes a los Sistemas de Pensiones y Salud, seguros, cuotas sindicales, descuentos autorizados (préstamos), o retenciones por mandato judicial, y conceptos similares; los mismos que son datos confidenciales de cada servidor, encontrándose protegidos por el numeral 5) del artículo 17° del TUO de la Ley N° 27806.

Con relación a los Descansos Médicos

Respecto a los ítems 109, 138 y 139 del Expediente Digital N° 2020031434 corresponden a información relacionada a la salud personal (descansos médicos), de un servidor de la entidad, a quien se le solicitó información y/o en las solicitudes de ampliación de plazo para la presentación de comentarios. En ese sentido, dicha información solicitada por el recurrente está comprendida dentro del derecho a la intimidad personal del referido servidor, razón por la cual no es de acceso público, conforme lo establece el numeral 5) del artículo 17 de la Ley N° 27806, lo que ha sido aceptado por el propio apelante.

Con relación a la solicitud de ampliaciones de plazo y otorgamiento de ampliación de plazo correspondiente a servidores que han desvirtuado su participación en los presuntos hechos irregulares comunicados

Respecto a los ítems 153, 154, 155, 161, 162, 164, 165, 166, 179 y 171 del Expediente digital N° 2020031434, corresponden a 2 tipos de documentos:

- i. Solicitudes de ampliación de plazos efectuados por los servidores comunicados con el pliego de hechos (hallazgos) con la finalidad que presenten sus comentarios y/o aclaraciones.*
- ii. Otorgamiento de ampliaciones de plazo realizado por la Comisión de Control.*

Dichos documentos corresponden al ejercicio del derecho defensa de los servidores que han desvirtuado su participación en los presuntos hechos irregulares comunicados, en dichos documentos los servidores proporcionan datos personales (nombres, cargos y otros), cédulas de notificación que comunican el Pliego de Hechos (Hallazgo), los motivos por los que solicitan la ampliación y otros, debiéndose precisar que dichos servidores al haber desvirtuado su participación en los presuntos hechos irregulares, no forman parte del Informe de Control Específico que es público.

En ese sentido, la revelación de dicha información o la entrega de la documentación a terceras personas, podría conllevar a la afectación a los derechos fundamentales de los citados servidores, en la medida en que su buena imagen o reputación y su dignidad se verían vulneradas ante los demás, por la incidencia negativa en la consideración de su persona que podría derivarse del conocimiento y eventual uso por parte del recurrente y terceros de información que atañe al ámbito de su vida privada, concepto entendido en el más amplio sentido desarrollado por el Tribunal Constitucional; por tal motivo, la información solicitada por el recurrente se encuentra protegidos por el numeral 5) del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806.

Si bien el recurrente, en el numeral 2.2.3 de su recurso de apelación refiere que, la OCI-SMV mediante correo 27/enero/2021, no ha especificado en qué supuesto de excepción de los artículos 15 al 17 de la Ley de Transparencia se encuentra protegida la información denegada ni el plazo por el que se prolongará dicho impedimento, a pesar de que el artículo 13 de la citada ley, indica que: “la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículo 15 a 17 de esta Ley”. Fundamento que es reiterado en el Segundo Párrafo y siguientes del numeral 2.2.4 del citado recurso de apelación; en tanto en el Cuarto Párrafo del numeral 2.2.5 refiere que el OCI-SMV sólo “se ha limitado a invocar los derechos fundamentales al honor, a la buena reputación y a la intimidad, como si éstos per

se, prevalecieran sobre el derecho constitucional de acceso a la información pública; lo cual, (...) resulta inadmisibles”

Al respecto, debemos señalar que la respuesta a la solicitud del recurrente le fue comunicada por Oficio N° 383-2021-SMV/12.2 donde se hace mención que el pedido fue trasladado en su oportunidad al OCI-SMV y que luego esta oficina dio respuesta fundamentando que documentos no se podía entregar, para ello la Responsable de la Entrega de la Información adjunto al presente oficio un correo electrónico donde se fundamenta la denegatoria, conforme se aprecia en las dos imágenes que a aparecen a continuación:

B. CON RELACIÓN AL INFORME N° 001-2021-SMV/04/MLCS:

Si bien el recurrente en el Sexto Párrafo del numeral 2.2.5 del recurso de apelación refiere que, “no se ha proporcionado o adjuntado el Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS que según el OCI-SMV habría sido suscrito por la señora Lizbeth Cerpa, abogada del OCI-SMV, que ha servido de sustento para la irregular y arbitraria denegatoria de acceso”.

Al respecto debemos señalar que el Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS se expidió por disposición de la Jefatura del Órgano de Control Institucional de la SMV, a efectos de revisar y analizar el listado de la documentación que obra en el Expediente Digital N° 2020031434, información que ha sido solicitada en el marco de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a fin de que se expida un informe respecto a aquellos documentos que podrían estar incursos o comprendidos en la excepción del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; sin embargo, contiene información preparada por personal de asesoría jurídica del Órgano de Control Institucional de la SMV cuya publicidad podría revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación del procedimiento administrativo o proceso judicial iniciado por la entidad contra los funcionarios que son materia del Servicio de Control denominado “Pago de Beneficios Económicos a Directivos Superiores y Servidores de Confianza de la SMV derivados de Convenios Colectivos”.

En ese sentido, la información contenida en el Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS se encuentra dentro de la excepción del numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública que señala: “La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado.

C. CON RELACIÓN A LOS PLIEGOS DE HECHOS COMUNICADOS POR OCI A LOS TRABAJADORES DE LA SMV:

“(..)

Al respecto debemos señalar lo siguiente:

En primer lugar debemos señalar que, el “Pliego de Hechos” puede contener dos (02) tipos de información, (i) una primera respecto de los cuales el servidor comunicado -durante un Servicio de Control Gubernamental- no ha desvirtuado su presunta participación en los hechos irregulares y configura presunta responsabilidad administrativa, civil y/o penal, según corresponda; y, en segundo

lugar, (ii) hechos respecto de los cuales el servidor comunicado ha desvirtuado su presunta participación en los hechos irregulares.

Comentario y/o aclaración presentada por servidor comunicado con el Pliego de Hechos que ha desvirtuado su participación en los presuntos hechos irregulares

Respecto a los ítems 196 y 197 del Expediente digital N° 2020031434 corresponden al comentario y/o aclaración, presentado por un servidor comunicado con el Pliego de Hechos, que ha desvirtuado su presunta participación en los presuntos hechos irregulares, debiéndose precisar que dichos documentos consignan datos personales (nombre, cargo y otros), cédulas de notificación que comunican el Pliego de Hechos (Hallazgos), y sus comentarios y/o aclaraciones.

Siendo así, la documentación señalada, al estar referida a comentarios y/o aclaraciones presentadas por los servidores comunicados en el ejercicio de su derecho de defensa, respecto a imputaciones y/o por su presunta participación en hechos con evidencia de presunta irregularidad, no forma parte del Informe de Control Específico que es público; por lo tanto, la revelación de dicha información o la entrega de documentación al recurrente o terceras personas, podría conllevar a la afectación de los derechos fundamentales de tales servidores, en la medida que su buena imagen o reputación y su dignidad se verían melladas ante sí y/o ante los demás, por la incidencia negativa en la consideración de su persona que podría derivarse del conocimiento y eventual uso por terceros de información que atañe al ámbito de su vida privada, concepto entendido en el más amplio sentido desarrollado por el Tribunal Constitucional y que comprende información sobre los datos personales, identidad relacional y social, desempeño laboral, entre otros; con afectación en el ámbito personal, familiar e incluso profesional y laboral de dichos servidores, sin causa legal justificante, de los servidores de la SMV que fueron comunicados con el citado Pliego de Hechos, los cuales están protegidos por el numeral 5 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806.

Respecto a los comentarios y/o aclaraciones presentadas por los servidores comunicados con el Pliego de Hechos que no han desvirtuado su participación en los presuntos hechos irregulares, y a quienes se les ha identificado presunta responsabilidad civil y/o administrativa

Con relación a los ítems 177, 178, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 201, 202 y 203 del Expediente digital N° 2020031434, corresponden a los comentarios y/o aclaraciones y sus anexos, presentados por los servidores comunicados con el Pliego de Hechos que no han desvirtuado su presunta participación en los presuntos hechos irregulares, y a quienes se les ha identificado presunta responsabilidad civil y/o administrativa.

En lo que corresponde a los comentarios presentados por los servidores comunicados, debe precisarse, que si bien el Servicio de Control Específico actualmente ha concluido, habiendo cesado la reserva de control respecto a la documentación relacionada al citado Servicio, y el Informe de Control Específico emergente del citado Servicio de Control en la actualidad es público, estando publicado en la página web de la CGR, sin embargo no está publicado el Apéndice correspondiente a los comentarios y/o aclaraciones presentados por los servidores comunicados, y su evaluación correspondiente efectuada por la comisión de control.

En el caso de la documentación señalada, al estar referida a comentarios y/o aclaraciones presentadas por los servidores comunicados en el ejercicio de su derecho de defensa, respecto a imputaciones y/o por su presunta participación en hechos con evidencia de presunta irregularidad.

En ese orden de ideas, la revelación de dicha información o la entrega de la documentación a terceras personas, podría conllevar afectación a los derechos fundamentales de los citados servidores, en la medida en que su buena imagen o reputación y su dignidad se verían melladas ante sí y/o ante los demás, por la incidencia negativa en la consideración de su persona que podría derivarse del conocimiento y eventual uso por terceros de información que atañe al ámbito de su vida privada, concepto entendido en el más amplio sentido desarrollado por el supremo intérprete de la Constitución y que comprende información sobre los datos personales, identidad relacional y social, desempeño laboral, entre otros; con afectación en el ámbito personal, familiar e incluso profesional y laboral de dichos servidores, sin causa legal justificante, de los servidores de la SMV que fueron comunicados con el citado Pliego de Hechos, los cuales están protegidos por el numeral 5) del artículo 17° del TUO de la Ley N° 27806, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 7) de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, que dicha documentación pasara o pasado a formar parte de la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, convirtiéndose en información confidencial en aplicación del numeral 3 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806.

Debemos precisar que el Pliego de Hechos comunicado a servidores de la entidad que no han desvirtuado su presunta participación en los hechos irregulares, podrían haber desvirtuado una parte de su participación en los hechos irregulares identificados; en ese sentido, los presuntos hechos irregulares que no han sido superados por los servidores, se incluye y forma parte del ítem “II.- ARGUMENTOS DE HECHO” del Informe de Control Específico N° 011-2020-2-004-SCE, el cual fue publicado en la página web de la Contraloría General de la República, por lo que dicha información solicitada por el recurrente es pública y de conocimiento público, lo que se acredita con el numeral 2.3 del recurso de apelación del recurrente, donde el mismo manifiesta que el citado informe se encuentra en un link o dirección electrónica del Portal Web de la Contraloría (...)

Finalmente debemos indicar que la revelación de un Pliego de Hechos, podría generar el riesgo que se revele presuntos hechos considerados en un momento como “irregulares” que podrían haber sido superados (aclarados) y que no formaría parte del Informe de Control, por lo que consideramos que a pesar que el nombre de dichos servidores y su participación en los hechos identificados, forman parte del informe de control; es necesario evitar la posibilidad y/o el riesgo de afectar en dicho extremo los derechos fundamentales de los citados servidores, en la medida en que su buena imagen o reputación y su dignidad se podrían ver melladas ante sí y/o ante los demás, por la incidencia negativa en la consideración de su persona que podría derivarse del conocimiento y eventual uso por terceros de información correspondiente a presuntos hechos irregulares que podrían haber sido superados y/o que en dicho extremo el servidor habría desvirtuado su presunta participación en los hechos, al formar parte del ámbito de su vida privada, concepto entendido en el más amplio sentido desarrollado por el supremo intérprete de la Constitución y que comprende información sobre

los datos personales, identidad relacional y social, desempeño laboral, entre otros; con afectación en el ámbito personal, familiar e incluso profesional y laboral de dichos servidores, sin causa legal justificante, de los servidores de la SMV que fueron comunicados con el citado Pliego de Hechos, los cuales están protegidos por el numeral 5) del artículo 17° del TUO de la Ley N° 27806, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 7) de la Constitución Política del Perú.”

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, exceptuando las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

A su vez, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 043-2003-PCM⁵, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

El artículo 10 de la Ley de Transparencia establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar finalmente que, el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la denegatoria efectuada por la entidad, se realizó conforme a lo dispuesto en la Ley de Transparencia; asimismo, si la documentación requerida se encuentra protegida por las excepciones contempladas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 17 del mismo cuerpo legal.

2.2 Evaluación

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

“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

⁵ En adelante, Ley de Transparencia.

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”

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.

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”.

Dentro de ese contexto, 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.

Sobre el particular, en el presente caso se aprecia que el recurrente solicitó a la entidad en copia digital certificada la siguiente información:

“(...)

- 1. Todos los documentos contenidos en el Expediente N° 2020031434 (a la fecha hay 239 ítems).*
- 2. Consulta formulada a SERVIR por el OCI de la SMV relacionado con el Servicio de Control “Pago de beneficios económicos a directivos superiores y servidores de confianza de la SMV derivados de Convenios Colectivos” y la respectiva respuesta de SERVIR.*
- 3. Pliegos de hechos comunicados por el OCI DE LA SMV a trabajadores de la SMV a que se refieren los memorandos N° MEMORA DUM N° del 104 al 109-2020-SMV/04/CE que no están en el expediente del SMV Doc N° 2020031434 y que estarían en otro expediente.”*

Al respecto, la entidad señaló que en cuanto a los documentos contenidos en el Expediente digital N° 2020031434, se le remite ciento ochenta y seis (186) documentos y/o archivos de libre acceso; asimismo se comunica que existen cincuenta y tres (53) documentos que no son de acceso público debido a que constituyen información que no puede divulgarse debido a que podría ocasionar daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de los

servidores de la SMV, conforme se detalla en el numeral 1) de la sección II del Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS.

Asimismo, la información relacionada con la Consulta formulada a SERVIR es proporcionada por ser de acceso público, y en cuanto al Pliego de hechos comunicados a servidores de la SMV, se le indicó que no son de acceso público por lo que su revelación o entrega a terceros, podría ocasionar daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de dichos servidores, los cuales están protegidos por el artículo 2°, inciso 7) de la Constitución Política del Perú, e instrumentos normativos de acuerdo al Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS

- ***Respecto al requerimiento de “Todos los documentos contenidos en el Expediente N° 2020031434 (a la fecha hay 239 ítems).”***

Sobre el particular, la entidad ha señalado que del Expediente Digital N° 2020031434, se le remite ciento ochenta y seis (186) documentos y/o archivos; asimismo se comunica que existen cincuenta y tres (53) documentos que no son de acceso público debido a que podría ocasionar daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de los servidores sus servidores, conforme se detalla en el numeral 1) de la sección II del Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS.

Asimismo, la entidad en su documento de descargos señaló que de los ítems del expediente digital N° 2020031434, existen 5 ítems que se repiten en la forma siguiente:

- El contenido total del ítem 39 se repite en el ítem 49.
- El contenido total del ítem 40 se repite en el ítem 50.
- El contenido total del ítem 41 se repite en el ítem 51.
- El contenido total del ítem 42 se repite en el ítem 52 y en el ítem 65.

Ello en razón que los ítems 39, 40, 41 y 42 fueron registrados como Anexos del Memorándum N° 2480-2020-SMV/08 emitido por la Oficina General de Administración, vueltos a presentar y registrados nuevamente, en los ítems 49, 50, 51 y 52 por la Unidad de Recursos Humanos, como parte de los Anexos de su Memorándum N° 2482-2020-SMV/08.02, y posteriormente la documentación correspondiente al ítem 52, fue registrada por segunda vez, por la Unidad de Recursos Humanos, al ser dicho documento parte del anexo de su Memorándum N° 2632-2020-SMV/08.02.

Sobre el particular, de autos se aprecia que dicha información no fue indicada de manera clara, precisa y categórica al recurrente al momento de efectuar la respuesta correspondiente.

En cuanto a ello, es importante tener en consideración que el derecho de acceso a la información pública no sólo implica el deber del Estado de publicitar sus actos promoviendo una cultura de transparencia conforme lo dispone el artículo 10° de la Ley de Transparencia, sino que también genera la obligación de otorgar al solicitante información clara, precisa, oportuna, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01797-2002-HD/TC, en el cual dicho Colegiado señaló lo siguiente:

“(…) el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que, si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa”.

(subrayado agregado)

Ahora, la obligación de brindar una respuesta clara y precisa a la solicitud de acceso a la información pública no solo resulta exigible cuando se entrega la información requerida, sino también corresponde que la motivación de la denegatoria sea expresada con el sustento pertinente en los hechos y el derecho. Siendo esto así, correspondía que la entidad le entregue el íntegro de lo requerido o que le informe de manera clara y precisa que dicha documentación se encontraba duplicada, para efectos de garantizar el derecho de acceso a la información pública del recurrente.

Con relación a las planillas y boletas de pago de los servidores de la entidad

En el documento de descargos la entidad refirió que en cuanto a los ítems 39 (o ítem 49), 40 (o ítem 50), 41 (o ítem 51), 42 (o ítem 52 o 65), 70, 71, 72, 73, 78 y 101, corresponden a planillas de remuneraciones, boletas de pago y comprobantes de pago SIAF de trabajadores de la entidad, los cuales entre sus documentos anexos contienen relación de trabajadores, sus cuentas bancarias y montos netos a depositar a cada trabajador.

En ese sentido, en cuanto a las planillas y boletas de pago, la entidad ha señalado que dichos documentos se encuentran enmarcados en la excepción contenida en los numerales 2 y 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia. Agrega, que si bien los ingresos económicos de las personas que prestan servicios en las entidades de la administración pública es de acceso público; por lo que, en aplicación del artículo 19 de la Ley de Transparencia, se puede disociar o realizar versiones públicas de documentos; sin embargo, debemos señalar que tanto las planillas como las boletas de pago son documentos creados y/o generados por la Unidad de Recursos Humanos de la entidad, quien es propietaria de dicho proceso, el cual forma parte de Sistema de Gestión de Recursos Humanos del Estado; por lo que, la Oficina de Control Institucional de la entidad, no cuenta con la competencia y/o atribución para realizar dichas acciones.

Sobre el particular, cabe señalar que la propia entidad se encuentra facultada para realizar los encauses al interior de sus unidades orgánicas para proceder a la adecuada atención de las solicitudes formuladas por los ciudadanos, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15-A.1 del artículo 15 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM y sus modificatorias, el cual señala:

“(…)

15-A.1 De conformidad con el inciso a) del artículo 11 de la Ley, las dependencias de la entidad encausan las solicitudes de información que reciban hacia el funcionario encargado dentro del mismo día de su presentación, más el término de la distancia, para las dependencias desconcentradas territorialmente”.

En esa línea, la entidad pudo coordinar de manera efectiva la verificación del carácter público o confidencial de la información requerida, para efectos de dar una adecuada atención a la solicitud materia de autos.

Ahora bien, respecto a la documentación requerida cabe reiterar que 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.

En la misma línea, 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”*.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que le 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, 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).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los considerandos 89 a 91 de la sentencia recaída en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de fecha 16 de setiembre de 2006, ha establecido que las restricciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública pueden resultar legítimas siempre que cumplan los siguientes requisitos:

“En primer término, deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. (...)

En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”.

En la misma línea, conforme al Fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, para que la limitación del derecho de acceso a la información pública sea válida es necesario que el Estado acredite la existencia de un *“apremiante interés público”* o la presencia de *“un bien, principio o valor constitucionalmente relevante”* que quedaría afectado con la difusión de la información:

“Evidentemente, no es constitucionalmente tolerable que una declaración de confidencialidad se legitime por el sólo hecho de ampararse en la ley. Los derechos constitucionales, como lo eran en el Estado legal de derecho, no valen en el ámbito de las leyes, sino a la inversa: las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales; de manera que si a través de una ley se limita el ejercicio de un derecho fundamental, tal restricción necesariamente debe sustentarse en un fin constitucionalmente valioso, además de presentarse como una medida estrictamente necesaria y adecuada para conseguir lo que se persigue alcanzar” (subrayado agregado).

En dicho contexto, la entidad ha alegado que la información contenida en las constancias de pago de haberes del servidor público indicado en la solicitud de acceso a la información pública tiene carácter confidencial, alegando lo dispuesto por los numerales 2 y 5 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, vinculados a reserva tributaria y datos personales.

Al respecto es preciso indicar que el numeral 5 del artículo 2° de la Ley de Protección de Datos Personales, establece como dato personal los *“ingresos económicos”*. En esa línea, el Tribunal Constitucional en el segundo párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01839-2012-PHD/TC refiere que los ingresos económicos forman parte del derecho a la vida privada, al señalar lo siguiente: *“La garantía de protección que ofrece el derecho a la vida privada abarca aquellos aspectos cuya eventual difusión implica un riesgo para la tranquilidad, integridad y seguridad personal y*

familiar, como lo puede ser la información relacionada (...) de ingresos económicos (...)". (subrayado agregado).

De modo mucho más específico, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 5982-2009-PHD/TC ha establecido que la información consignada en la planilla de pagos relativa a las afectaciones a las remuneraciones de los trabajadores tiene el carácter de confidencial al involucrar la intimidad personal y familiar: "(...) la protección de la intimidad implica excluir a terceros extraños el acceso a información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye la información referida a deudas contraídas, aportes efectuados, descuentos efectuados, préstamos obtenidos, cargos cobrados, consumos realizados, contrataciones celebradas y todo tipo de afectaciones a las remuneraciones del trabajador consignados en la planilla de pago. Y es que no pasa inadvertido para este Tribunal que las afectaciones voluntarias e involuntarias a las remuneraciones de los trabajadores, y subsecuentemente su consignación en las planillas de pago, casi siempre y en todos los casos están originadas en necesidades de urgencia acaecidas en el seno familiar, las que por ningún motivo y bajo ningún concepto pueden estar al conocimiento de cualquier ciudadano, e inclusive de parientes (como en el caso de autos), puesto que atañen a asuntos vinculados íntimamente con el entorno personal y/o familiar cercano y con el desarrollo personal de sus miembros, las que al quedar descubiertos podrían ocasionar daños irreparables en el honor y la buena reputación". (subrayado agregado).

Ahora, si bien es cierto existe un interés público significativo en preservar la información de las planillas o boletas de pago de los trabajadores en general, en el caso de los servidores o funcionarios públicos existe también un interés público relevante en conocer el monto de sus remuneraciones, en la medida que el pago de los mismos proviene de recursos del Estado, cuyo adecuado uso debe ser objeto de la máxima divulgación por parte de las entidades.

En dicha línea, el numeral 2 del artículo 5° de la Ley de Transparencia establece que las entidades deben publicar en sus portales institucionales de Internet "La información presupuestal que incluya datos sobre (...) partidas salariales y los beneficios de los altos funcionarios y el personal en general, así como sus remuneraciones (...)". De igual modo, es importante tener en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a la entrega de información sobre sueldos, horas extras y demás erogaciones de servidores públicos, en el Fundamento 36 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03994-2012-PHD/TC en el que precisó lo siguiente:

"36. Los pedidos 1, 2, 11, 13, 25, 27, 35 Y 52, referidos a información sobre erogaciones como pasajes, viáticos y consumos debe entregarse siempre que se encuentren referidos a gastos que haya realizado la empresa. En cuanto a los sueldos, horas extras, y demás erogaciones, las copias de los documentos requeridos podrán entregarse siempre que no contengan información vinculada a la esfera privada de los trabajadores, en función de lo previsto en el artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública".

Siendo esto así, queda descartado también que dicha información pueda estar protegida por la reserva tributaria, a la luz de lo señalado en la normativa y jurisprudencia antes detallada, al tratarse de información relacionada con el

uso de recursos públicos, de manera ilustrativa en el pago de remuneraciones a sus funcionarios y servidores.

En este contexto, corresponde que la entidad entregue la información pública requerida, tachando en todo caso, aquella información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, al pertenecer a la esfera privada del referido ciudadano; así, de manera ilustrativa podríamos señalar los descuentos que se le efectúan a su remuneración, el número de cuenta bancaria, entre otros datos relativos a su intimidad personal y familiar, que no guardan un interés público relevante en su difusión, a diferencia del monto de la remuneración, cargo que desempeña, entre otros que constituyen un recurso del Estado, cuya publicidad ha sido establecida expresamente por la Ley de Transparencia.

Con relación a los comprobantes de pago SIAF que adjuntan cuentas bancarias y montos netos a depositar a los servidores de la entidad

En cuanto a este punto, en el documento de descargos se ha señalado que los ítems 40 (o ítem 50), 41 (o ítem 51), 42 (o ítems 52 o 65) y 101, corresponden a comprobantes de pago SIAF, que entre sus documentos anexos contienen relación de trabajadores, sus cuentas bancarias, y montos netos a depositar a cada trabajador; ahora bien, el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia señala que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información relacionada a las cuentas bancarias de los servidores protegida por el secreto bancario y forma parte de la información confidencial.

Asimismo, en el caso de los montos netos a depositar, señala la entidad que estos son el resultado de descontar a las remuneraciones, las deducciones, aportes y/o descuentos de los servidores por concepto de tributos, aportes a los Sistemas de Pensiones y Salud, seguros, cuotas sindicales, descuentos autorizados (préstamos), o retenciones por mandato judicial, y conceptos similares; los mismos que son datos confidenciales de cada servidor, encontrándose protegidos por el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado respecto del número de cuentas bancarias alegado por la entidad, argumentando la excepción relacionada con el secreto bancario contenida en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, respecto de la cuentas bancarias de los servidores, es preciso mencionar que, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 02838-2009-PHD/TC, citando a su vez las sentencias recaídas en los Expedientes N° 000004-2004-AI/TC y 01219-2003-HD/TC, efectuó un análisis de la información protegida por el secreto bancario, determinando que dicha restricción busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en el entendido que la publicidad de información económica de una persona natural o jurídica pone en riesgo el derecho a la intimidad, seguridad e integridad, reconociendo dicho colegiado que el contenido no esencial del derecho a la intimidad -como es la información bancaria- permite limitaciones en tanto sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En esa línea, resulta relevante el Fundamento 14 de la referida sentencia, que señala lo siguiente:

“14. Por consiguiente, y dado que ni el secreto bancario ni la reserva tributaria forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad, únicamente se encuentran constitucionalmente proscritas aquellas limitaciones cuyo propósito es el de quebrar la esfera privada del individuo y ocasionarle perjuicios reales y/o potenciales de la más diversa índole, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos y se encuentren dentro de los márgenes de lo informado por la razonabilidad y la proporcionalidad.” (Subrayado agregado).

Asimismo, en el Fundamento 17, teniendo como referencia el Plan Contable General para Empresas aprobado por el Consejo Normativo de Contabilidad, se señaló que “(...) un juego completo de estados financieros incluye un balance general, un estado de ganancias y pérdidas, un estado de cambios en el patrimonio neto y un estado de flujos de efectivo, así como notas explicativas.”, concluyendo en el Fundamento 21 que en las Subcuentas 104, 105 y 106 de la Cuenta del Activo N° 10 del Balance General, referidas a cuentas corrientes en instituciones financieras, certificados bancarios y depósitos en instituciones financieras, constituyen información financiera tutelada por el secreto bancario. (subrayado nuestro)

A manera de desarrollo del contenido del secreto bancario, el artículo 140 de la Ley General del Sistema Financiero, establece que dicho derecho protege la información concerniente a las operaciones pasivas que las personas mantienen con instituciones financieras, al señalar que prohíbe “(...) a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los Artículos 142, 143 y 143-A” (Subrayado añadido)⁶.

Sobre la definición de operaciones pasivas, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP ha señalado que comprende “(...) todas las operaciones que realizan las entidades financieras con el fin de captar recursos económicos de los agentes económicos superavitarios, sean estos personas naturales o jurídicas (empresas). En contraprestación la entidad les ofrece un pago (tasa de interés pasiva) que varía de acuerdo con la entidad”⁷. (Subrayado agregado)

De lo expuesto, se advierte que el secreto bancario está dirigido a proteger la información concerniente a las operaciones pasivas que las personas mantienen con las instituciones financieras; es decir, se encuentra relacionado con la información económica de una persona natural o jurídica; tal es así que, su divulgación pone en riesgo su derecho a la intimidad, seguridad e integridad. En ese sentido, las cuentas bancarias de los servidores públicos de la entidad no se encuentran dentro del ámbito de

⁶ El artículo 142° de la Ley 26702 indica que, respecto a la información de carácter global, no rige el secreto bancario. Por su parte, el artículo 143° de dicha ley indica que el secreto bancario tampoco es aplicable respecto a la información que es requerida, en determinados supuestos, por los jueces y tribunales, el Fiscal de la Nación, el presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo y por el Superintendente de Banca y Seguros y AFP. Finalmente, el artículo 143-A del referido cuerpo normativo prevé que, respecto a cierta información solicitada por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, tampoco rige el secreto bancario.

⁷ SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP – SBS y MINISTERIO DE EDUCACIÓN. *Programa Finanzas en el Cole. Programa de Asesoría a Docentes sobre el rol y funcionamiento del sistema financiero, de seguros, AFP y unidades de inteligencia financiera*. Lima: Superintendencia De Banca, Seguros y AFP – SBS, 2017, p. 50. En: <http://www.sbs.gob.pe/portals/3/educacion-financiera-pdf/Guia%20del%20docente%202017.pdf>.

aplicación del derecho al secreto bancario; sin embargo, dicha información no puede ser obtenida a través del derecho de acceso a la información pública al encontrarse dentro de la esfera del derecho a la intimidad personal, regulada en el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia el cual limita su entrega.

Siendo esto así, la información correspondiente a los comprobantes de pago SIAF que adjuntan cuentas bancarias y montos netos a depositar, deberá ser entregado al recurrente, tachando la información protegida por el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, como de manera ilustrativa se puede señalar el número de cuenta correspondiente, conforme a los argumentos expuestos en la evaluación contenida en el presente ítem, así como en el ítem precedente, en cuanto desarrolla el alcance de lo dispuesto en el mencionado numeral 5 del artículo 17.

Ahora bien, respecto a los montos netos a depositar cabe señalar que conforme a lo indicado en el ítem precedente respecto a las planillas y boletas de pago, se trata de documentación correspondiente al uso de recursos público; y, por ello, constituye información de naturaleza pública, al tratarse de montos netos, es decir, excluyendo los descuentos de cualquier tipo.

En tal sentido, corresponde que la entidad proceda a la entrega de la documentación requerida, salvaguardando la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal, al tratarse de una limitación de un derecho fundamental, pudiendo señalar de manera ilustrativa los números de cuenta bancaria de los servidores y funcionarios involucrados.

Con relación a la solicitud de ampliaciones de plazo y otorgamiento de ampliación de plazo correspondiente a servidores que han desvirtuado su participación en los presuntos hechos irregulares comunicados

En el documento de descargos la entidad señaló que respecto a los ítems 153, 154, 155, 161, 162, 164, 165, 166, 179 y 171 del Expediente digital N° 2020031434, corresponden 2 tipos de documentos:

- (i) Solicitudes de ampliación de plazos efectuados por los servidores comunicados con el pliego de hechos (hallazgos) con la finalidad que presenten sus comentarios y/o aclaraciones.
- (ii) Otorgamiento de ampliaciones de plazo realizado por la Comisión de Control.

Asimismo, agrega la entidad que dichos documentos corresponden al ejercicio del derecho defensa de los servidores que han desvirtuado su participación en los presuntos hechos irregulares comunicados, en dichos documentos los servidores proporcionan datos personales (nombres, cargos y otros), cédulas de notificación que comunican el Pliego de Hechos (Hallazgo), los motivos por los que solicitan la ampliación y otros, debiéndose precisar que dichos servidores al haber desvirtuado su participación en los presuntos hechos irregulares, no forman parte del Informe de Control Específico que es público; por tal motivo, la información solicitada por el recurrente se encuentra protegida por el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

En atención la respuesta dada por la entidad, cabe mencionar lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente 0959-2004-HD, respecto al derecho de acceso a la información pública y la naturaleza de sus excepciones, lo siguiente:

“4. La Constitución Política del Perú, en su artículo 2°, inciso 5, reconoce el derecho de toda persona de solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho pedido, con la única excepción de aquella que afecte a la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional. Lo establecido en el referido artículo representa una realidad de doble perspectiva, pues no solo constituye el reconocimiento de un derecho fundamental, sino el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente. En esa medida, el secreto o lo oculto frente a la información de interés público resulta una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional”. (subrayado agregado)

De lo expuesto, se desprende que, con relación al derecho de acceso a la información pública, la regla general es garantizar a los ciudadanos su pleno ejercicio, mientras que la restricción a dicho derecho tiene una naturaleza excepcional.

Asimismo, con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, citada en los párrafos precedentes, que corresponde a las entidades que deniegan el acceso a la información pública solicitada por un ciudadano, acreditar fehacientemente que esta se encuentra comprendida en una de las excepciones prevista por la ley.

En cuanto a ello, es importante resaltar que la entidad únicamente ha invocado la existencia de una excepción, pero no ha acreditado de que manera el hecho de haber desvirtuado su participación en los presuntos hechos irregulares puede afectar el honor y la reputación de un servidor o funcionario público, sino más bien corrobora que el ejercicio de su cargo fue desempeñado sin observación alguna. Asimismo, tampoco se ha acreditado de qué manera el nombre y el cargo del servidor o funcionario público, corresponda ser protegido si para el acceso a la función pública debió pasar por un concurso público o cuya designación, nombramiento o contratación debió ser difundida por la propia entidad.

En tal sentido, la entidad no ha desvirtuado el carácter público de la información requerida, pese a tener la carga de la prueba, por lo que la Presunción de Publicidad que recae sobre toda documentación que posee la Administración Pública se mantiene vigente.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, en el caso de que la documentación requerida contenga información protegida por el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, como lo pudieran ser los datos de individualización o contacto, como de manera ilustrativa en el caso de las cédulas de notificación la dirección domiciliaria, correo electrónico de uso personal, entre otros datos de individualización y contacto, deberán ser tachados al momento de entregarse la documentación pública correspondiente.

- **Respecto al requerimiento de “Pliegos de hechos comunicados por el OCI de la SMV a trabajadores de la SMV a que se refieren los Memorándum N° del 104 al 109-2020-SMV/04/CE que no están en el expediente del SMV Doc N° 2020031434 y que estarían en otro expediente”**

En este ítem la entidad comunicó al recurrente que lo solicitado no es de acceso público por lo que su revelación o entrega a terceros, podría ocasionar daño al honor, a la buena reputación o a la intimidad personal y familiar de dichos servidores, los cuales están protegidos por el artículo 2, inciso 7) de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, en el documento de descargos se ha señalado que el “*Pliego de Hechos*” puede contener dos (02) tipos de información:

- (i) Relacionada al servidor comunicado -durante un Servicio de Control Gubernamental- no ha desvirtuado su presunta participación en los hechos irregulares y configura presunta responsabilidad administrativa, civil y/o penal, según corresponda.
- (ii) Los hechos respecto de los cuales el servidor comunicado ha desvirtuado su presunta participación en los hechos irregulares.

En esa línea, los ítems 196 y 197 del Expediente digital N° 2020031434 que corresponden al comentario y/o aclaración, presentado por un servidor comunicado con el Pliego de Hechos, que ha desvirtuado su presunta participación en los presuntos hechos irregulares, los cuales no forman parte del Informe de Control Específico que es público; por lo tanto, la revelación de dicha información podría conllevar a la afectación de los derechos fundamentales de tales servidores; por ello, están protegidos por el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Asimismo, los ítems 177, 178, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 201, 202 y 203 del Expediente digital N° 2020031434, corresponden a los comentarios y/o aclaraciones y sus anexos, presentados por los servidores comunicados con el Pliego de Hechos que no han desvirtuado su presunta participación en los presuntos hechos irregulares, y a quienes se les ha identificado presunta responsabilidad civil y/o administrativa, debe precisarse, que si bien el Servicio de Control Específico actualmente ha concluido, habiendo cesado la reserva de control respecto a la documentación relacionada al citado Servicio, y el Informe de Control Específico emergente del citado Servicio de Control en la actualidad es público; sin embargo, no está publicado el Apéndice correspondiente a los comentarios y/o aclaraciones presentados por los servidores comunicados, y su evaluación correspondiente efectuada por la comisión de control, los cuales, de igual forma están protegidos por el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, más aún cuando esto último pasara o ha pasado a formar parte de la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, convirtiéndose en información confidencial en aplicación del numeral 3 del artículo del artículo en mención.

Sobre el particular, en cuanto a la excepción invocada por la entidad respecto al honor y buena reputación de los servidores y funcionarios públicos involucrados en una investigación en ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, cabe señalar que la propia Ley de Transparencia ha especificado que es perfectamente posible acceder a dicha información, limitando su acceso únicamente durante un mínimo rango temporal.

En tal sentido, el solo hecho de estar involucrado un servidor o funcionario público en un procedimiento administrativo en el que se ejerza la potestad sancionadora del Estado, no resulta en sí mismo una excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, puesto que en función del interés público que se encuentra en juego por la eventual irregularidad en el ejercicio de una función pública, existe una regulación específica que otorga un ámbito temporal de protección.

Asimismo, el solo ejercicio de la función pública a la que los ciudadanos ingresan de manera voluntaria, lo somete a una serie de reglas y principios asociados al interés público que dicha labor impone, más aún si sus puestos son remunerados con cargo a recursos públicos, por lo que no resulta amparable que se invoque el derecho al honor y buena reputación, cuando la propia Ley de Transparencia ponderando dicha circunstancia ha consignado un parámetro de protección que no permanece en el tiempo, sino que permita el adecuado escrutinio de la potestad sancionadora del Estado.

En esa línea, el numeral 3 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, establece únicamente una limitación temporal al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, al restringir la entrega de la información confidencial, que es aquella que se encuentra vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública; sin embargo, el mismo artículo precisa que dicha excepción termina: i) cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida; o, ii) cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado la resolución final correspondiente.

En esa línea, es pertinente hacer referencia a cada uno de los dos (2) supuestos antes mencionados:

- 1.- Cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida.** Dicho supuesto exige que el acto administrativo dictado por la entidad no haya sido impugnado, de modo que el procedimiento administrativo concluye.
- 2.- Cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.** Al respecto, la norma exige la concurrencia de dos (2) requisitos: el primero consiste en el simple transcurso del tiempo, que conforme lo señala la norma es de seis (6) meses; y, el segundo, que en dicho plazo la Administración no haya dictado la resolución final del procedimiento administrativo, entendiéndose por ésta la que permite la conclusión del procedimiento de modo definitivo, esto es, la que causa estado o cosa decidida administrativa.

En el presente caso, la entidad ha incumplido con acreditar la causal invocada, habiendo hecho referencia de manera ambigua con la expresión “*más aún cuando esto último pasara o ha pasado a formar parte de la información vinculada a investigaciones*”, en esa línea, la entidad mucho menos ha acreditado el inicio del procedimiento administrativo en ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

Siendo esto así, la entidad no ha desvirtuado la Presunción de Publicidad que recae sobre toda información que se encuentra en poder del Estado, puesto que solamente se ha invocado la causal sin proceder a acreditarla ante esta instancia, pese a que la entidad posee la carga de la prueba sobre la confidencialidad de la información, más aún si la interpretación debe realizarse bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 de la Ley de Transparencia.

- **Con relación al Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS**

Sobre el particular, la entidad ha señalado que “*el Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS se expidió por disposición de la Jefatura del Órgano de Control Institucional de la SMV, a efectos de revisar y analizar el listado de la documentación que obra en el Expediente Digital N° 2020031434, información que ha sido solicitada en el marco de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a fin de que se expida un informe respecto a aquellos documentos que podrían estar incursos o comprendidos en la excepción del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; sin embargo, contiene información preparada por personal de asesoría jurídica del Órgano de Control Institucional de la SMV cuya publicidad podría revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación del procedimiento administrativo o proceso judicial iniciado por la entidad contra los funcionarios que son materia del Servicio de Control denominado “Pago de Beneficios Económicos a Directivos Superiores y Servidores de Confianza de la SMV derivados de Convenios Colectivos”.*

En ese sentido, la información contenida en el Informe N° 001-2021-SMV/04/MLCS se encuentra dentro de la excepción del numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública que señala: ‘La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado’.

En cuanto a ello, es importante señalar que en lo que respecta a la excepción prevista en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, dicho precepto establece textualmente que constituye una excepción al derecho de acceso a la información pública, “*La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso*”.

Conforme se advierte del citado texto, la referida excepción exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. La existencia de cierta información que ha sido creada o se encuentra en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis, recomendaciones, entre otros.
2. Que la información haya sido elaborada u obtenida por los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;
3. Que la información corresponde a una estrategia de defensa de la entidad; y,
4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

Asimismo, la entidad no ha acreditado ante esta instancia la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en el que se despliegue dicha estrategia, limitándose únicamente a la mera invocación de la causal alegada.

De igual modo, la norma invocada hace alusión a la existencia de una estrategia de defensa; es decir, no al ejercicio de una potestad sancionadora, donde la entidad no posee la calidad de parte sino que es quien ejerce una potestad en mérito de su condición y donde no despliega una estrategia de defensa sino más bien ejerce una función pública.

Siendo esto así, el argumento formulada por la entidad no resulta amparable por esta instancia al no haber sido acreditado fehacientemente, más aún si de conformidad con el Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC antes citada, posee la carga de la prueba para acreditar la causal invocada.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que entregue la información pública solicitada, salvaguardando, en cada caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

Finalmente, de conformidad con los artículos 30 y 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.

Por los considerandos expuestos⁸ 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 **ROBERTO PEREDA GÁLVEZ, REVOCANDO** lo dispuesto por la **SUPERINTENDENCIA DEL**

⁸ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

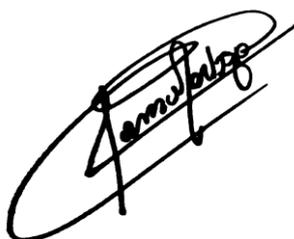
MERCADO DE VALORES en el Oficio N° 383-2021-SMV/12.2; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información pública requerida por el recurrente.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES** a efectos de que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **ROBERTO PEREDA GÁLVEZ**.

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 al ciudadano **ROBERTO PEREDA GÁLVEZ** y a la **SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

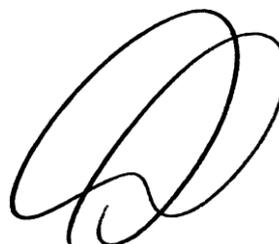
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



PEDRO CHILET PAZ
Vocal

vp: uzb