



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 002180-2023/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA

Expediente : 01802-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET**
Entidad : **SUPERINTENDENCIA DE MERCADOS DE VALORES - SMV**
Sumilla : Declara infundado el recurso de apelación

Miraflores, 22 de junio de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01802-2023-JUS/TTAIP de fecha 1 de junio de 2023, interpuesto por **CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET** contra el correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2023, por el cual la **SUPERINTENDENCIA DE MERCADOS DE VALORES – SMV** denegó su solicitud de acceso a la información pública con fecha 31 de marzo de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 31 de marzo de 2023, el recurrente solicitó a la entidad que le remita por correo electrónico lo siguiente:

"El expediente completo a la fecha de entrega, de solicitud de prórroga o ampliación de plazo para presentar Estados Financieros Auditados Anuales y la Memoria Anual correspondientes al ejercicio 2022, a que se refiere el Hecho de Importancia de AENZA S.A.A difundido el día de ayer 30 de marzo de 2023".

Mediante el correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2023 la entidad indicó al recurrente lo siguiente:

"Al respecto, mediante correo electrónico de 04 de abril de 2023, le comunicamos que su solicitud que generó el Exp. N° 2023014273 había sido derivada para su atención a la Intendencia General de Supervisión de Conductas (IGSC) de la Superintendencia Adjunta de Supervisión de Conductas de Mercados (SASCM) de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV); y le solicitamos una ampliación del plazo legal ordinario, en virtud de lo establecido en el literal g) del artículo 11 del T.U.O de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS. En ese sentido, le manifestamos que está sería atendida el día 11 de mayo del 2023.

(...)

En ese sentido y dentro del plazo comunicado, a través del Memorándum N° 2003-2023-SMV/11.1 de 10 de mayo de 2023, la referida área nos remitió el Informe N° 682-2023-SMV/11.1 de 10 de mayo de 2023, el mismo que contiene documentos

anexos, los que, considerando su volumen, hemos coordinado con la Oficina de Tecnología de la Información de nuestra institución para remitirle esta información entregada por la referida unidad orgánica a través del siguiente enlace: https://www.smv.gob.pe/Uploads/Exp_2023014273_2023018704.zip”.

Además, consta en autos el Informe N° 682-2023-SMV/11.1 de 10 de mayo de 2023, emitido por la Intendencia General de Supervisión de Conductas que indica:

“2.2. Evaluación

2.2.1. A continuación, se procede a transcribir la solicitud del señor Peña a ser evaluada por la IGSC, por corresponder:

«El expediente completo a la fecha de entrega, de la solicitud de prórroga o ampliación de plazo para presentar los Estados Financieros Auditados Anuales y la Memoria Anual correspondientes al ejercicio 2022, a que se refiere el Hecho de Importancia de AENZA SAA difundido el día de ayer 30 de marzo de 2023» (sic).

Al respecto, corresponde señalar que el señor Peña no ha indicado algún número de expediente donde obre la información requerida; sin perjuicio de ello, y considerando el contenido de la solicitud, se realizó la búsqueda del hecho de importancia del 30 de marzo de 2023 difundido por Aenza S.A.A. en la información solicitada en la Página Institucional de la SMV en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano (www.gob.pe/smv, sección: Hechos de Importancia); asimismo se realizó la búsqueda del número de expediente en los sistemas informáticos de la SMV, sobre la base del criterio «Emisor».

A partir de la mencionada búsqueda, en los sistemas informáticos de la SMV se ubicó lo siguiente:

1. Hecho de importancia del 30 de marzo de 2023 difundido por Aenza S.A.A.3 mediante el cual se comunicó lo siguiente:

Señores

Superintendencia del Mercado de Valores (“SMV”)

Presente. -

De nuestra consideración:

Por medio de la presente, cumplimos con comunicar en calidad de hecho de importancia, que los Estados Financieros Separados y Consolidados Auditados Anuales de AENZA S.A.A. (“AENZA”), así como la Memoria Anual, ambos correspondientes al ejercicio 2022, serán publicados a más tardar el 2 de mayo de 2023.

AENZA ha solicitado a la SMV una ampliación del plazo para la presentación de la referida información, de acuerdo a lo previsto en la Resolución SMV 016-2015-SMV/01, solicitud que, a la fecha, está siendo evaluada por la entidad.

Atentamente,

Fredy Chalco Aguilar

Representante Bursátil

AENZA S.A.A.

2. A partir de la lectura del referido hecho de importancia, se identificó el Expediente N° 2023014134 a través del cual Aenza S.A.A. solicitó a la SMV, por excepción, un plazo adicional (prórroga) hasta el 02 de mayo de 2023 para que dicho emisor presente sus estados financieros individuales auditados anuales y de su memoria anual, correspondientes al ejercicio económico 2022.

En tal sentido, de la evaluación de los documentos contenidos en el Expediente N° 2023014134, al amparo de lo dispuesto por la Ley de Transparencia y su Reglamento, se informa que corresponde entregar la totalidad de los documentos que forman parte del mismo (16 ítems), con la excepción de los documentos contenidos en los ítems 2, 7, 10 y 14 que se encuentran tachados parcialmente como se fundamentará a continuación.

2.2.2. Con relación al documento contenido en el ítem 2 del Expediente N° 2023014134, se debe indicar que según lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley de Transparencia, se ha tachado la información que protege el secreto bancario (número de cuenta bancaria, moneda, monto, fecha y hora de una operación pasiva), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, numeral 2, de la Ley de Transparencia:

«Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

(...) 2. 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 (...).» (Énfasis y subrayado agregado).

Sobre la naturaleza del secreto bancario, el primer y segundo párrafo del fundamento Nro. 9 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1219-2003-HD, establecen lo siguiente:

«9. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha de precisar que la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad -términos ambos que aquí se utilizan como sinónimos- de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente, público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero.

En ese sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras. En la medida en que tales operaciones bancarias y financieras forman parte de la vida privada, su conocimiento y acceso sólo pueden levantarse "a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado. A diferencia de lo que sucede con la información pública, en la que la regla es su publicidad y transparencia, y la excepción es el secreto, tratándose del conocimiento de información vinculada a la vida privada de una persona, la regla es siempre el secreto o su confidencialidad, en tanto que su publicidad, sujeta a un control intenso bajo el test de razonabilidad y proporcionalidad, la excepción.» (Subrayado agregado).

Respecto de los alcances del secreto bancario, corresponde citar el primer párrafo del artículo 140 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 (en adelante, LGSF) que disponen lo siguiente:

«Artículo 140.- ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

Está prohibido 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. (...).» (Énfasis y subrayado agregado).

Cabe indicar, que en la Opinión Consultiva N° 019-2021-JUS/DGTAIPD emitida por la Autoridad de Transparencia el 23 de abril de 2021, resalta que la LGSF no detalla el contenido específico de la información protegida por el secreto bancario, por lo que para establecer sus alcances, se debe acudir a diversa normativa

reglamentaria como la Norma que regula la forma y condiciones en que se debe proporcionar a la UIF-Perú. En ese sentido, los numerales 18 y 19 de la Opinión Consultiva N° 019-2021-JUS/DGTAIPD, señalan lo siguiente:

«18. (...) a través de la Resolución SBS N° 4353-2017, se aprueba la Norma que regula la forma y condiciones en que se debe proporcionar a la UIF-Perú, la información protegida por el secreto bancario y/o la reserva tributaria. En este documento se establecen las condiciones en que el contenido de la información protegida por el secreto bancario y la reserva tributaria se debe proporcionar a la UIF-Perú.

19. Así, cuando se determina la información que las empresas reguladas y/o supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP – SBS, deben entregar a la UIF-Perú conforme a la orden judicial del levantamiento del secreto bancario, se señala, entre otros, lo siguiente:

- Número de cuenta bancaria del cliente.
- Moneda.
- Monto de la operación.
- Fecha y hora de la operación.
- Glosa – detalle de la operación.» (Subrayado agregado).

En esa línea, los datos sobre el número de cuenta bancaria, la moneda, monto, fecha, hora y glosa de la operación pasiva han sido tachados, de conformidad con la normativa de la materia.

2.2.3. Con relación a los documentos contenidos en los ítems 7, 10 y 14 del Expediente N° 2023014134 se debe indicar que contienen información relacionada a correos electrónicos de la sociedad de auditoría KPMG, los cuales fueron presentados por Aenza S.A.A. como sustento de su solicitud.

Al respecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley de Transparencia, se ha tachado la información contenida en los referidos correos electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, numeral 6, de la Ley de Transparencia:

«Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: (...)

6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República (...). (Énfasis y subrayado agregado).

En esa línea, la Constitución Política del Perú de 1993 dispone lo siguiente:

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...). (Énfasis y subrayado agregado).

Al respecto, corresponde hacer referencia a la Opinión Consultiva N° 03-2021-JUS/DGTAIPD emitida por la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, en la cual se indica con relación al secreto de las comunicaciones que «este (...) impide la intromisión de terceros en todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas (al margen de su contenido, es decir, afecte o no a la esfera íntima o personal), y su retención por cualquier medio, sistema o soporte técnico, salvo autorización judicial.».

En ese sentido, al no existir autorización judicial que establezca el acceso a los ítems 7, 10 y 14 del Expediente N° 2023014134 a favor del solicitante, corresponde

brindar protección a dicha información por ser de carácter confidencial, en los términos de la Constitución Política del Perú y la Ley de Transparencia.

2.2.4. Finalmente, es importante señalar que la información que se pone a disposición del solicitante es aquella que la SMV posee, de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Transparencia, el cual 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» (Subrayado y énfasis agregado).»

Con fecha 1 de junio de 2023, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis contra la referida comunicación exigiendo la entrega de la información tachada como son los informes de los auditores encargados de realizar la auditoría, alegando que tiene carácter público porque se incorporó a un expediente administrativo, en los siguientes términos:

“2.-Con fecha 11.05.23 fui notificado por la SMV por correo con parte de la documentación solicitada, pero excluyendo y testando/tachando de la misma precisamente los principales documentos presentados por AENZA como sustento de su petición, constituido por informes de auditores encargados de realizar la auditoría, sustentándose para ello, según el informe 682-2023-SMV/11.1 (Anexo 2) en el evidente inaplicable art. 2.10 de la Constitución, referido al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones”

Mediante la RESOLUCIÓN N° 001931-2023/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA de fecha 7 de junio de 2023, notificada a la entidad el 15 de junio de 2023, esta instancia le solicitó la remisión del expediente administrativo correspondiente y la formulación de sus descargos.

Mediante el OFICIO N° 2820-2023-SMV/14 recibido por esta instancia en fecha 21 de junio de 2023, la entidad trasladó el expediente administrativo.

Mediante el Escrito N° 01 recibido por esta instancia en fecha 21 de junio de 2023, la entidad brindó sus descargos alegando lo siguiente:

“(…) 3.4 Adicionalmente, en el Informe N° 913-2023-SMV/11.1 (que se adjunta) de fecha 20-jun-2023, los funcionarios de la Intendencia General de Supervisión de Conductas, opinan que, mediante el Informe N° 682-2023-SMV/11.1 evaluaron la solicitud del señor Peña, referida al (...) expediente completo a la fecha de entrega, de la solicitud de prórroga o ampliación de plazo para presentar los Estados Financieros Auditados Anuales y la Memoria Anual correspondientes al ejercicio 2022, a que se refiere el Hecho de Importancia de AENZA SAA difundido el día de ayer 30 de marzo de 2023» (sic). Que, a partir de la búsqueda efectuada en los sistemas informáticos de la SMV, se ubicó el Expediente N° 2023014134, a través del cual Aenza S.A.A. solicitó a la SMV, por excepción, un plazo adicional (prórroga) hasta el 02 de mayo de 2023 para que dicho emisor presente sus estados financieros individuales auditados anuales y su memoria anual, correspondientes al ejercicio económico 2022. Que, en el Informe N° 682-2023-SMV/11.1 indicaron que correspondía entregar los documentos que eran parte del Expediente N° 2023014134 que formaban 16 ítems en su totalidad, de los cuales serían tachados parcialmente los documentos de los ítems 2, 7, 10 y 14, el primero (ítem 2) por estar protegido por el secreto bancario y los demás (ítems 7, 10 y 14) por estar protegido por el secreto de las comunicaciones. Que, al estar premunidos de la protección al secreto de las comunicaciones los documentos de los ítems 7,

10 y 14, por tratarse de correos electrónicos remitidos exclusivamente entre privados, por lo que los funcionarios de la Intendencia General de Supervisión de Conductas se encontraban impedidos de entregar la información contenida en dichos documentos, los cuales debían ser protegidos por la SMV por mandato legal, según está dispuesto por el artículo 17, numeral de la Ley de Transparencia y el artículo 2 numeral 10 de la Constitución Política del Perú. Que, como base legal citaron en el Informe N° 682-2023-SMV/11.1 el artículo 17, inciso 6, de la Ley de Transparencia que considera como información confidencial: «6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.». En dicha línea, la IGSC citó el artículo 2, numeral 10, de la Constitución Política del Perú de 1993, el cual dispone que: «Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Sobre lo indicado precedentemente, la IGSC citó adicionalmente la Opinión Consultiva N° 03-2021-JUS/DGTAIPD emitida por la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, en la cual se indica con relación al secreto de las comunicaciones que «este (...) impide la intromisión de terceros en todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas (al margen de su contenido, es decir, afecte o no a la esfera íntima o personal), y su retención por cualquier medio, sistema o soporte técnico, salvo autorización judicial.». En ese sentido, se indicó que al no existir autorización judicial que establezca el acceso a los ítems 7, 10 y 14 del Expediente N° 2023014134 a favor del señor Peña, correspondía brindar protección a dicha información por ser de carácter confidencial, en los términos de la Constitución Política del Perú y la Ley de Transparencia.

Asimismo, se señala en el Informe N° 913-2023-SMV/11.1 que, con respecto a los fundamentos que se desprenden del RECURSO DE APELACIÓN, los cuales no se encuentran referidos a la denegatoria de la entrega de la información en el marco de la Ley de Transparencia, por lo que no corresponde emitir algún descargo al respecto, en la medida que se trata de cuestionamientos subjetivos emitidos por el señor Peña respecto del Expediente N° 2023014134 (procedimiento administrativo iniciado por un emisor del mercado de valores), a través del cual Aenza S.A.A. solicitó a la SMV, por excepción, un plazo adicional (prórroga) hasta el 02 de mayo de 2023 para que dicho emisor presente sus estados financieros individuales auditados anuales y su memoria anual, correspondientes al ejercicio económico 2022. Que, los funcionarios de la Intendencia General de Supervisión de Conductas no le denegaron la entrega de «informes de los auditores encargados de realizar la auditoría», como se puede apreciar de una lectura al contenido del Informe N° 682-2023-SMV/11.1, sino que esta Intendencia General, como se indica en el numeral 2.2.3 del citado informe, tachó información referente a correos electrónicos obrantes en los ítems 7, 10 y 14 del Expediente N° 2023014134, con la finalidad de brindar la protección legal a las comunicaciones privadas remitidas entre Aenza S.A.A. y la sociedad de auditoría KPMG. Cabe indicar que la IGSC tachó la información al amparo de lo dispuesto en el artículo 17, numeral 6, de la Ley de Transparencia. Que, asimismo, se citó el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993. Que, también se hizo referencia a la Opinión Consultiva N° 03-2021-JUS/DGTAIPD emitida por la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, en la cual se indica con relación al secreto de las comunicaciones que «este (...) impide la intromisión de terceros en todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas (al margen de su contenido, es decir, afecte o no a la esfera íntima o personal), y su

retención por cualquier medio, sistema o soporte técnico, salvo autorización judicial.». Por lo tanto, al no existir autorización judicial que establezca el acceso a los ítems 7, 10 y 14 del Expediente N° 2023014134 a favor del solicitante, correspondía brindar protección a dicha información por ser de carácter confidencial, en los términos de la Constitución Política del Perú y la Ley de Transparencia. Que, por otro lado, se debe agregar que el Tribunal Constitucional ha señalado en diversas sentencias sobre la protección al referido derecho, los cuales pasamos a citar:

«18) En efecto, conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, **toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos**, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante **mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley.** (...)»⁵.

«En buena cuenta, este derecho prohíbe que las comunicaciones y documentos privados sean incautados, interceptados o intervenidos, salvo que exista una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice. Asimismo, **garantiza que el contenido de las comunicaciones y documentos no sea difundido o revelado**, así como la identidad de los participantes en el proceso de comunicación. Lo que se prohíbe es toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, específicamente, en sus comunicaciones, independientemente de su contenido.»⁶.

3.5 Asimismo, se señala en el Informe N° 913-2023-SMV/11.1 que, los funcionarios de la Intendencia General de Supervisión de Conductas consideraron que la información contenida en los ítems 7, 10 y 14 del Expediente N° 2023014134, protegida por el artículo 17, numeral 6, de la Ley de Transparencia y el artículo 2, numeral 10, de la Constitución Política del Perú, que no hacen ningún tipo de distinción en cuanto a los alcances de la reserva de la referida información (como la incorporación de la información protegida en un procedimiento administrativo público, en calidad de sustento de una petición), por lo que no correspondía hacer distinciones donde la ley no distingue. Que, la decisión de la IGSC de tachar parcialmente la información referida a correos electrónicos, obedeció al cabal cumplimiento del marco normativo expuesto. Bajo dicho entendimiento, un pronunciamiento en contrario habría supuesto la emisión de un acto administrativo (informe y memorándum de la IGSC), haciendo distinciones en cuanto a los alcances de la reserva de dichos correos electrónicos, lo cual contraviene directamente lo establecido por el artículo 17, numeral 6, de la Ley de Transparencia y el artículo 2, numeral 10, de la Constitución Política del Perú de 1993; y consiguientemente devendría en un acto nulo de pleno derecho, según lo preceptuado por el artículo 10, numeral 1, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, ello sin perjuicio de las responsabilidades funcionales que se derivarían por ese accionar contrario a ley. En este punto también resulta ilustrativo hacer referencia al aforismo «In claris non fit interpretatio» referido a que cuando el texto de una norma o ley es claro e inequívoco, no corresponde hacer interpretación alguna, sino la aplicación de la norma de forma literal; es decir, que cuando una norma es precisa y clara, no admite más que una única interpretación, y no otras que puedan distorsionarla o alterar su contenido. En ese sentido, el intérprete, en tal caso, es un mero aplicador. En línea con dicho aforismo, Castro

indica con relación a la claridad de una norma que «cuando la expresión es clara sobran las cavilaciones aunque, como el estudio enseña que la letra nunca es decisiva, para saber si es clara hay que tener en cuenta su sentido normativo o finalidad». Asimismo, se tuvo en cuenta el principio del derecho romano: «Cum in veritas nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio» (cuando en las palabras no hay ninguna ambigüedad, no se debe admitir cuestión sobre la voluntad), el cual constituye un principio general del derecho español procedente de una regla del derecho romano. Esta regla impone al interprete la obligación de abstenerse de más análisis cuando lo estudiado no presente duda o ambigüedad o contradicción.

3.6 Asimismo, se señala en el Informe N° 913-2023-SMV/11.1 que, la Intendencia General de Supervisión de Conductas se ratifican en el contenido y fundamentos contenidos en el Informe N° 682-2023-SMV/11.1 que sustentó, entre otros, la denegatoria al señor Peña de la información antes indicada (correos electrónicos tachados), y reitera que, existe impedimento legal para compartir dicha información de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17, numeral 6, de la Ley de Transparencia y el artículo 2, numeral 10, de la Constitución Política del Perú. Cabe precisar que el señor Peña ha presentado ante nuestra institución numerosas solicitudes de acceso a la información pública relacionadas con Aenza S.A.A. y con la OPA al amparo de la Ley de Transparencia, las cuales han sido atendidas de manera diligente y oportuna por la SMV; no obstante, de que en muchas de ellas ha insistido en acceder a información que la SMV previamente le había indicado que no posee, acudiendo incluso a su respetable Tribunal con el fin obtener un pronunciamiento favorable. Que, es necesidad señalar que existen fundamentos expuestos por el señor Peña en el presente recurso de apelación destinados a cuestionar funciones desempeñadas por la SMV —en el marco de la evaluación de una solicitud de un emisor (Aenza S.A.A.) del mercado de valores para que se le otorgue, por excepción, un plazo adicional para la presentación de su información financiera—, los cuales podrían inducir a error al TTAIP en tanto no se trata de una materia bajo el ámbito de la aplicación de la Ley de Transparencia. Este tipo de fundamentos, ajenos a un procedimiento de acceso a la información pública, también han sido esgrimidos por el señor Peña en anteriores apelaciones resueltas por el TTAIP, por lo que deben ser evaluados a la luz del Principio de Buena Fe Procedimental establecido en el numeral 1, inciso 1.8., del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.; el cual dispone que «La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe.(...). Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.».

3.7 Al respecto es importante señalar que la información que se solicita al amparo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública – Ley N° 27806, debe estar referida a instrumentales contenidos en: (i) documentos escritos, (ii) fotografías, (iii) grabaciones, (iv) soporte magnético o digital, o (v) en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por la entidad o que se encuentre en su posesión o bajo su control, conforme está dispuesto por el artículo 101 del TUO de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el DS N°021-201-JUS.

De igual forma, el derecho a la información pública está restringido cuando la información está clasificada como secreta, reservada y/o se trate de información confidencial.

En el caso materia de análisis, tenemos que los funcionarios de la Intendencia General de Supervisión de Conductas estaban impedidos de entregar la información contenida en el ítem 2 del Expediente N° 2023014134, sin realizar un tachado de la información, porque dicha información estaba premunida de la

protección del secreto bancario; en mérito a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el DS N°021-201-JUS. Además el secreto bancario goza de garantía constitucional, según el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado Peruano; así como de garantía legal, según el artículo 140 de la Ley del Sistema Financiero – Ley N° 26702, el cual únicamente podrá levantarse por mandato judicial, según se dispone por el artículo 143 de la Ley del Sistema Financiero – Ley N° 26702.

Asimismo, los funcionarios de la Intendencia General de Supervisión de Conductas estaban impedidos de entregar la información contenida en los ítems 7, 10 y 14 del Expediente N° 2023014134, sin realizar un tachado de la información, porque dicha información estaba premunida de la protección al secreto de las comunicaciones; el secreto de las comunicaciones goza de garantía constitucional, según el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado Peruano; además por mandato constitucional es inviolable y únicamente podrá levantarse por mandato judicial.

Es por ello que la petición del APELANTE con respecto a que se le debe entregar la información sin que esté premunida de tachado deviene en inadmisibles, pues es parte del sentido jurídico de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, limitar el derecho de acceso a la información de aquella información que goza de protección constitucional y/o legal, como en el caso que nos ocupa.

En mérito a los fundamentos expuesto en el presente, solicitamos respetuosamente a vuestra Presidencia se declare INFUNDADO en todos sus extremos el recurso de apelación que es materia de autos.”

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú¹ 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, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En este marco, 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° 021-2019-JUS², establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Además, 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; asimismo, para los efectos de la referida ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser

¹ En adelante, Constitución.

² En adelante, Ley de Transparencia.

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, precisando que no pueden establecerse excepciones a dicho derecho por una norma de menor jerarquía a la ley.

Además, el numeral 2 del artículo 17 de la referida norma establece que no podrá ejercerse el derecho de acceso a la información pública 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.

Asimismo, el numeral 5 del artículo 17 de la referida norma establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la *“información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.”*

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base a razones de hecho y a las excepciones respectivas contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la entidad atendió la solicitud del recurrente conforme a ley.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que recoge el principio de publicidad, toda la información que posea el Estado se presume pública y, por ende, la entidad está obligada a entregarla, salvo que esta se encuentre comprendida en las excepciones mencionadas en dicha norma.

En dicho contexto, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración Pública, salvo las limitaciones expresamente indicadas en la ley.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional señaló 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*

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas”.

Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional precisó 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 ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

En el caso de autos, se observa que el recurrente solicitó a la entidad: *“El expediente completo a la fecha de entrega, de solicitud de prórroga o ampliación de plazo para presentar Estados Financieros Auditados Anuales y la Memoria Anual correspondientes al ejercicio 2022, a que se refiere el Hecho de Importancia de AENZA S.A.A difundido el día de ayer 30 de marzo de 2023”,* y la entidad atendió parcialmente dicho pedido alegando que no le brindará la información de los ítems 2, 7, 10 y 14 porque el primero se encuentra protegida por el secreto bancario y los tres siguientes por el secreto y la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados. Ante ello, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis exigiendo únicamente los informes de auditores encargados de realizar la auditoría. Por su parte, la entidad en sus descargos señaló que *“los funcionarios de la Intendencia General de Supervisión de Conductas no le denegaron la entrega de «informes de los auditores encargados de realizar la auditoría», como se puede apreciar de una lectura al contenido del Informe N° 682-2023-SMV/11.1, sino que esta Intendencia General, como se indica en el numeral 2.2.3 del citado informe, tachó información referente a correos electrónicos obrantes en los ítems 7, 10 y 14 del Expediente N° 2023014134, con la finalidad de brindar la protección legal a las comunicaciones privadas remitidas entre Aenza S.A.A. y la sociedad de auditoría KPMG”.*

En dicho contexto, corresponde determinar si la respuesta brindada por la entidad es conforme a la normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01410-2011-PHD/TC que: “[...] el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la obligación de parte de los organismos públicos de entregar la información solicitada, sino que ésta sea completa, actualizada, precisa y verdadera. 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, por el contrario, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa” (subrayado agregado).

En la misma línea, resulta ilustrativo el pronunciamiento del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de México –INAI, que en el criterio contenido en las RRA 0003/16, RRA 0100/16 y RRA 1419/16 ha establecido que: “Para el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información, la congruencia implica que exista concordancia entre el requerimiento formulado por el particular y la respuesta proporcionada por el sujeto obligado; mientras que la exhaustividad significa que dicha respuesta se refiera expresamente a cada uno de los puntos solicitados. Por lo anterior, los sujetos obligados cumplirán con los principios de congruencia y exhaustividad, cuando las respuestas que emitan guarden una relación lógica con lo solicitado y atiendan de manera puntual y expresa, cada uno de los contenidos de información” (subrayado agregado).

De este modo, al atender una solicitud de acceso a la información pública, la entidad tiene la obligación de brindar una respuesta completa, precisa y congruente con lo requerido, debiendo pronunciarse sobre la información requerida de modo detallado.

Teniendo en cuenta ello, esta instancia aprecia que el recurrente únicamente exigió en su recurso de apelación los “*informes de auditores encargados de realizar la auditoría*” porque no le fueron entregados. No obstante ello, la entidad en sus descargos ha señalado que dichos informes no le fueron denegados, sino los correos electrónicos cursados entre AENZA S.A.A. y la sociedad de auditoría KPMG, y que fueron presentados a la entidad como sustento de la solicitud de prórroga para la presentación de los estados financieros de AENZA.

Sobre el particular, esta instancia aprecia del expediente administrativo remitido por la entidad, en el cual se ha adjuntado la documentación proporcionada al recurrente, que mediante el Informe N° 576-2023-SMV/11.1 emitido por el Intendente General de Supervisión de Conductas de la entidad, se señala que precisamente uno de los motivos alegados por AENZA para su solicitud de prórroga para presentar los estados financieros es que había cambiado de sociedad auditora, y que la nueva, KPMG, aún debía familiarizarse con la información, por lo que se requería más tiempo para que presente los informes de auditoría correspondientes, siendo que para sustentar dicho aspecto AENZA presentó los correos electrónicos de coordinación con la referida sociedad auditora KPMG, los cuales fueron tachados por la entidad al momento de entregar la información.

De ello se concluye, que la entidad no ha denegado la entrega de los “*informes de auditores encargados de realizar la auditoría*”, conforme señala en sus descargos, y de acuerdo a lo señalado en el Informe N° 576-2023-SMV/11.1,

pues dichos informes, al momento de la presentación de la solicitud de información, aun no habían sido emitidos por la sociedad auditora KPMG.

Por lo antes indicado, corresponde declarar infundado el recurso de apelación.

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:

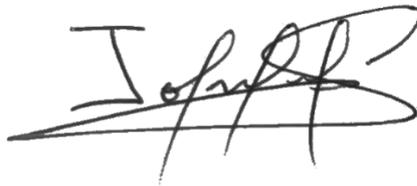
SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por **CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET**; en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE MERCADOS DE VALORES - SMV**.

Artículo 2.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

Artículo 3.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET** y a la **SUPERINTENDENCIA DE MERCADOS DE VALORES - SMV** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

Artículo 4.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal Presidente



VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal



VANESA VERA MUENTE
Vocal

vp: fjlf/jmr