

Toluca de Lerdo, México; 5 de febrero de 2015

OPINIÓN PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA JOSEFINA ROMÁN VERGARA EN LA RESOLUCIÓN APROBADA POR UNANIMIDAD DE VOTOS POR EL PLENO DEL INSTITUTO DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS, EN LA TERCERA SESIÓN ORDINARIA DE FECHA VEINTISIETE DE ENERO DE DOS MIL QUINCE, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 02054/INFOEM/IP/RR/2014

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 20, fracciones III y IV, y 30, fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, la que suscribe Josefina Román Vergara emite **OPINIÓN PARTICULAR** respecto de la resolución dictada en el recurso de revisión 02054/INFOEM/IP/RR/2014, presentada al Pleno de este Instituto por el Comisionado Javier Martínez Cruz en la Tercera Sesión Ordinaria del veintisiete de enero de dos mil quince. Opinión que es del tenor literal siguiente:

La que suscribe coincide en el sentido en que se resolvió el recurso de revisión por cuanto hace a modificar la respuesta emitida por el Ayuntamiento de Atizapán de Zaragoza para el efecto de ordenarle haga entrega del nombre de los representantes legales de las personas morales que han celebrado contratos de obra.

pública con el Sujeto Obligado del periodo, tal y como fueron listadas en la respuesta a la solicitud de información y el respectivo informe de justificación

Resolución en la que, además, considero debe destacarse, que efectivamente el nombre de los accionistas –socios- que formen parte una Sociedad Mercantil, constituye datos personales que les concierne a las personas físicas identificadas e identificables, ello en términos de los artículos 2, fracción II de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y 4, fracción VII de la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de México.

Aunado a ello, cabe señalar que los nombres de los accionistas –socios- aún y cuando se encuentran plasmados en una escritura pública protocolizada ante Fedatario Público, que, a su vez, se encuentra inscrita en un registro público, como puede ser el Registro Público de Comercio o en nuestra entidad en el Instituto de la Función Registral o bien ante el Archivo General de Notarías, no son datos de acceso público conforme a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debe destacarse que la base constitucional de las sociedades mercantiles se encuentra prevista en el artículo 9 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que no se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito.

Así, la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone en sus artículos 5 y 6 que las sociedades se constituirán ante fedatario público y en la misma forma se harán constar con sus modificaciones, siendo que la escritura o póliza constitutiva de una sociedad deberá contener, entre otros datos, los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad; preceptos que para mayor ilustración se transcriben a continuación:

"Artículo 5o. Las sociedades se constituirán ante fedatario público y en la misma forma se harán constar con sus modificaciones. El fedatario público no autorizará la escritura o póliza cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta Ley."

Artículo 6o. La escritura o póliza constitutiva de una sociedad deberá contener:

- I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad;

....

Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma."

(Énfasis añadido)

Ahora bien, como quedó expuesto por el Comisionado Ponente en la resolución del recurso de revisión materia de estudio, la escritura es el instrumento original que el Notario Público asienta en el protocolo para hacer constar únicamente

actos jurídicos, autorizado con su firma y sello, lo anterior tiene sustento en lo dispuesto por el artículo 78 de la Ley del Notariado vigente en el Estado de México.

Documento que si bien es cierto es expedido por el Notario Público, quien se encuentra investido de fe pública que asienta en el Protocolo los actos y hechos jurídicos otorgados ante su fe, así como los libros de cotejos y sus correspondientes apéndices e índices, dicha circunstancia no implica que éste sea de acceso público, ello considerando que por disposición expresa del artículo 60 de la citada Ley del Notariado el Protocolo, las escrituras y actas en particular sólo podrán mostrarse a quienes hayan intervenido en ellas o justifiquen representar sus derechos o a los herederos o legatarios, tratándose de disposiciones testamentarias después de la muerte del testador; precepto cuyo sentido literal es el siguiente:

"Artículo 60.- El protocolo sólo se mostrará a los interesados. Las escrituras y actas en particular, sólo podrán mostrarse a quienes hayan intervenido en ellas o justifiquen representar sus derechos o a los herederos o legatarios, tratándose de disposiciones testamentarias después de la muerte del testador.

..."
(Énfasis añadido)

Una vez expuesto lo anterior, es necesario señalar que el proporcionar el nombre de los accionistas -socios- en nada abona a la transparencia ni a la rendición de cuentas, por el contrario, el ordenar al Sujeto Obligado que proporcione este conllevaría a que este Instituto vulnere el derecho humano de sus titulares previsto

en los artículos 6, inciso A), fracción II y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales señalan:

"Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

"Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de los datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud pública o para proteger los derechos de terceros."

(Énfasis añadido)

En esta tesitura, debe existir una ponderación de derechos entre el acceso a la información pública y la protección de los datos personales en poder de los Sujetos Obligados.

Así las cosas, aun y cuando la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios consagra la potestad de los gobernados de obtener información respecto al actuar de los Sujetos Obligados; así como, el destino y aplicación de los recursos públicos que reciban y las personas a quienes entreguen, por cualquier motivo éstos en el caso de qué nos ocupa y contrario a lo aseverado por el recurrente a través de su recurso de revisión la información solicitada el Ayuntamiento de Atizapán de Zaragoza, le proporcionó la información solicitada en los términos que procedía su entrega.

Ahora bien, no debe soslayarse que el derecho de acceso a la información tiene como limitante el respeto a la intimidad y a la vida privada de las personas, es por ello que este Instituto debe cuidar que los datos personales que obren en poder de los Sujetos Obligados sean protegidos y únicamente se den a conocer aquéllos que abonen a la rendición de cuentas y a la transparencia en el ejercicio de las atribuciones que tienen conferidas, no así los nombres de particulares sin su consentimiento.

De este modo, en armonía entre los principios constitucionales de máxima publicidad y de protección de datos personales, la ley permite la elaboración de versiones públicas en las que se suprima aquella información relacionada con la vida

privada de los particulares y de los servidores público; versiones públicas que deben estar justificadas a través del Acuerdo de Clasificación que emita el Comité de Información del Sujeto Obligado cumpliendo las formalidades previstas en los artículos 28, 30, fracción III y 33 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios; así como en los numerales CUARENTA Y SEIS CUARENTA Y OCHO de los Lineamientos emitidos por este Instituto al respecto, con el objeto de testar la información susceptible de ser clasificada.

Situación, que si fue observada por el Sujeto Obligado ya que emitió el Acuerdo de Clasificación correspondiente para clasificar como información confidencial, entre otros datos, los nombres de los accionistas de las personas jurídico colectivas con las que ha celebrado contratos de obra pública.

Además de lo expuesto con antelación, debe puntualizarse que la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de México en su artículo 6 establece que los responsables en el tratamiento de los datos personales deberán observar los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, lealtad, finalidad, proporcionalidad y responsabilidad.

Por ello, y en el caso que nos ocupa el principio que prevalece es el del consentimiento, el cual conforme a lo expresamente señalado en el artículo 8 de la citada Ley de Protección de Datos consiste en que todo tratamiento de datos personales en posesión de los Sujetos Obligados deberá contar con el consentimiento.

de su titular; siendo que éste podrá ser revocado en cualquier momento sin que se le atribuyan efectos retroactivos, en los términos previstos en dicho ordenamiento, por lo para revocar el consentimiento, el responsable deberá realizar la indicación respectiva en el aviso de privacidad.

Así tenemos que la Ley de Protección de Datos Personales prevé en los artículos 25, 26 y 31 la procedencia de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de datos personales, la cual ejercerá el titular de los datos o su representante legal, previa acreditación de su identidad o representación; así mismo, establecen el derecho del titular a solicitar y ser informado sobre sus datos personales que estén en posesión del Sujeto Obligado, sobre el origen de dichos datos, el tratamiento del cual puedan ser objeto –principio de información-, o bien, las cesiones realizadas o que se pretendan realizar, así como el derecho a tener acceso al aviso de privacidad al que está sujeto el tratamiento, en los términos previstos en la citada ley; es decir, el poder de disposición que en definitiva tiene sobre sus datos personales.

"Derechos"

Artículo 25. Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de datos personales son derechos independientes. El ejercicio de cualquiera de ellos no es requisito previo ni impide el ejercicio de otros si se procede en su caso, se hará efectiva una vez que el titular o su representante legal acrediten su identidad o representación, respectivamente.

Derecho de Acceso

Artículo 26. El titular tiene derecho a solicitar y ser informado sobre sus datos personales que estén en posesión del sujeto obligado, el origen de dichos datos, el tratamiento del cual sean objeto, las cesiones realizadas o que se pretendan realizar, así como a tener acceso al aviso de privacidad al que está sujeto el tratamiento, en los términos previstos en la Ley.

El responsable del tratamiento, debe responder al ejercicio del derecho de acceso, tenga o no datos de carácter personal del interesado en su sistema de datos.

Derecho de oposición

Artículo 31.- El titular tendrá derecho en todo momento y, por razones legítimas a oponerse al tratamiento de sus datos personales para una o varias finalidades, en el supuesto en que los datos se hubiesen recabado sin su consentimiento, cuando existan motivos fundados para ello y la Ley no disponga lo contrario.

La procedencia del derecho de oposición dará lugar a la cancelación del dato, previo bloqueo" (SIC)

Al respecto, es oportuno señalar que los Lineamientos por los que se establecen las políticas, criterios y procedimientos que deberán observar los sujetos obligados para proveer la aplicación e implementación de la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de México, establecen en su artículo 31 que el derecho de acceso es la prerrogativa que tiene el titular para que se le informe si es que sus datos personales están siendo objeto de tratamiento; la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando; la información disponible sobre el origen de dichos datos, las

cesiones realizadas o que se pretenda realizar; así como a tener acceso al aviso de privacidad al que está sujeto el tratamiento.

Por tales consideraciones, este Instituto debe establecer ponderación entre el derecho constitucional del acceso a la información pública con el derecho a la protección de datos personales, a efecto de proteger la esfera jurídica de un posible tercero perjudicado, toda vez que, se reitera, que el acceso a la información perteneciente a un tercero implica que tiene el derecho a que ésta sea protegida, lo que conlleva, a su vez, su derecho de oposición, el cual constituye un mecanismo para que no se trastoquen sus derechos públicos subjetivos, sin afectar el derecho de acceso a la información de los peticionarios.

Sirve de sustento a lo anterior por analogía, la Tesis Jurisprudencial PC.I.A. J/12 K (10a.), materia Común, Décima Época, Tomo II, Página: 1127, Junio de 2014 publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo texto y sentido es el siguiente:

"DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL TITULAR DE ÉSTA TIENE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR EN AMPARO LA DETERMINACIÓN DEL INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS QUE ORDENA LA ELABORACIÓN DE LA VERSIÓN PÚBLICA QUE CONTIENE DATOS PERSONALES SOBRE QUE LE CONCERNEN COMO PERSONA. El derecho a la protección de los datos personales está previsto esencialmente en los artículos 6o. y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los diversos 1, 40 y 41 del Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, con la finalidad de proteger al titular de la información para que pueda manifestar su oposición a la divulgación, no sólo de sus propios datos personales, sino también de los concernientes a su persona, esto es los que ponen en riesgo su vida, seguridad o salud, los secretos industriales, fiscales, bancarios fiduciarios o cualquier otro considerado como tal por una disposición jurídica. De tal modo

que la resolución que permite el acceso a la información perteneciente a un tercero, incide en el derecho de su titular a que se proteja, e incluso a oponerse a su divulgación, esto es, a intervenir en la delimitación o determinación de la parte que puede divulgarse; de lo que se sigue que el titular de la información tendrá interés jurídico para reclamar en el juicio de amparo la determinación del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos por la cual se ordene la elaboración de la versión pública para entregarla al solicitante de la misma; en virtud de que, al ser propietario de la información, tiene el derecho a que ésta sea protegida, lo cual, a su vez, le otorga el derecho de oposición, el cual involucra la facultad de intervenir en la delimitación o determinación de la parte que puede ser del conocimiento del solicitante, antes de que se ordene la elaboración de la versión pública correspondiente, como un mecanismo para que no se trastoquen sus derechos públicos subjetivos, sin afectar el derecho de acceso a la información de los peticionarios. Ahora, la existencia del interés jurídico no puede condicionarse al sentido de la resolución reclamada, porque la determinación que ordena la elaboración de una versión pública involucra, necesariamente, el derecho del titular a la protección de la información que será publicada. Por tanto, la corrección o no de los lineamientos dados en la resolución impugnada e, incluso, el hecho de que se permita al titular de la información intervenir en su determinación o delimitación de la misma antes de que se ordene, de manera lisa y llana, la elaboración de una versión pública, constituye un aspecto que pueden llevar a conceder o negar el amparo solicitado, pero no pueden conducir a desconocer el derecho subjetivo tutelado a nivel constitucional a favor del justiciable, ni la relación de éste con el acto por virtud del cual se ordena la publicación de sus datos personales o de los datos que le conciernan como persona.

PLENO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Contradicción de tesis 20/2013. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla, y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 12 de mayo de 2014. Mayoría de diecisiete votos de los Magistrados Carlos Alfredo Soto y Villaseñor, Carlos Ronzon Sevilla, Gaspar Paulín Carmona, Jorge Ojeda Velázquez, Pablo Domínguez Peregrina, Clementina Flores Suárez, Adela Domínguez Salazar, Ma. Gabriela Rolón Montaño, María Simona Ramos Ruvalcaba, Homero Fernando Reed Ornelas, Guadalupe Ramírez Chávez, José Antonio García Guillén, Luz Cueto Martínez, Salvador Mondragón Reyes, Carlos Amado Yáñez, Luz María Díaz Barriga y Armando Cruz Espinoza. Disidente: Jesús Antonio Názar Sevilla. Ponente: Gaspar Paulín Carmona. Secretaria: Jessica Ariana Torres Chávez.

En otra tesitura, debe destacarse que proporcionar información confidencial como en el presente caso es el nombre de los accionistas, implicaría, como lo expuso

el Comisionado Ponente transmisión de datos personales sin el consentimiento de su titular, lo cual es un acto que constituye responsabilidad administrativa ello en términos de lo dispuesto por los artículos 82, fracción V y 83 de la Ley de Transparencia multicitada y 70, fracción IX de la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de México.

No obstante lo anterior, este Instituto a fin de garantizar el derecho de Acceso a la Información Pública del recurrente en la resolución dictada en el recurso de revisión al rubro indicado modificó la respuesta del Ayuntamiento de Atizapán de Zaragoza, Sujeto Obligado a fin de que entregara vía el Sistema de Acceso a la Información Mexiquense (SAIMEX), los nombres de los representantes legales de las personas jurídico colectivas con las cuales celebró contratos de obra pública durante los años 2013 y 2014, tal y como fueron listadas en la respuesta a la solicitud de información y el respectivo informe de justificación, lo anterior bajo la premisa que los socios –accionistas- que forman parte de la sociedades mercantiles cuentan con un representante que tiene facultades para realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad salvo las que de manera expresa establezca la Ley y el contrato social, ello conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles cuyo texto y sentido literal es el siguiente:

"Artículo 10.- La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad salvo lo que expresamente establezcan la Ley y el contrato social. Para que surjan efecto los poderes que otorgue la sociedad mediante acuerdo de la asamblea o del órgano colegiado de administración, en su caso, bastará con la protocolización ante notario de la parte del acta en que conste el acuerdo relativo a su otorgamiento, debidamente firmada por quienes actuaron como presidente o secretario de la asamblea o del órgano de administración según corresponda, quienes deberán firmar el instrumento"

OPINIÓN PARTICULAR
RECURSO DE REVISIÓN 02054/INFOEM/IP/RR/2014

notarial, o en su defecto lo podrá firmar el delegado especialmente designado para ello en sustitución de los anteriores.

El notario hará constar en el instrumento correspondiente, mediante la relación, inserción o el agregado al apéndice de las certificaciones, en lo conducente, de los documentos que al efecto se le exhiban, la denominación o razón social de la sociedad, su domicilio, duración, importe del capital social y objeto de la misma, así como las facultades que conforme a sus estatutos le correspondan al órgano que acordó el otorgamiento del poder y, en su caso, la designación de los miembros del órgano de administración.

Si la sociedad otorgare el poder por conducto de una persona distinta a los órganos mencionados, en adición a la relación o inserción indicadas en el párrafo anterior, se deberá dejar acreditado que dicha persona tiene las facultades para ello.” (sic)

(énfasis añadido)

JOSEFINA ROMÁN VERGARA
COMISIONADA PRESIDENTA

BCM/GRR