

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01845/INFOEM/IP/RR/2015.

Deber del operador jurídico de normar las lagunas normativas o resolver las antinomias a través de la interpretación conforme o el principio pro persona.

Características de los datos personales en la información patrimonial.

Los derechos patrimoniales son disponibles.

La información proporcionada por el contribuyente para determinar un impuesto, un derecho u obtenido por la autoridad en ejercicio de sus facultades de comprobación, es confidencial.

La información proporcionada por un particular en un proceso de contratación pública no puede ser considerada como confidencial.

Considerar como confidencial los nombres de las personas físicas que integran una jurídico colectiva que contrata una obra pública constituye una desigualdad inaceptable frente a las personas físicas que contratan por sí mismas.

Acceder a los nombre de las personas físicas que integran a una persona jurídico colectiva que contrató la ejecución de una obra pública constituye una vía para ejercer la debida rendición de cuentas.

Hay sustento constitucional para ordenar la entrega de la información básica de una persona moral y que no es otra que los nombres de las personas que la integran.

Clasificar la lista de socios de una empresa y ordenar la entrega de la lista de socios de un sindicato es una decisión que provoca discriminación por motivos de clase.

Índice.

| | Pág. |
|--|------|
| I Consideraciones generales..... | 3 |
| II El proceso de transición en la implementación de las disposiciones en materia de transparencia y acceso a la información pública..... | 4 |
| III Los datos personales..... | 6 |
| IV El régimen constitucional..... | 10 |
| V La ruta de los recursos públicos..... | 12 |
| VI Decisiones que provocan discriminación por motivos de clase..... | 14 |
| VII Conclusiones..... | 15 |

I. Consideraciones generales.

1. He concurrido con mi opinión particular de la presente resolución emitida por el Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en su primera sesión del doce (12) de enero del año en curso, en el recurso de revisión promovido por **Enrique Chavarría Flores** en contra de la falta de respuesta del **Ayuntamiento de Ixtapaluca**, procedimiento al que se le asignó el número de expediente ya señalado.
2. La resolución declara procedente el recurso de revisión y fundadas las razones o motivos de inconformidad promovidos, ordenando la entrega de la información solicitada relacionada con la obra relativa a la remodelación del Auditorio Municipal de Ixtapaluca, con excepción de los nombres de los socios de la persona jurídico colectiva con la que se haya contratado la obra, información que deberá clasificarse como reservada emitiéndose el acuerdo correspondiente.
3. Compartiendo en términos generales la resolución que ordena la entrega de la información requerida, la acompaño con un voto particular en razón de que me aparto de la decisión de clasificar como información reservada **los nombres de las personas físicas propietarias de la empresa en cuestión.**

4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por los artículos 20 fracción II y 30 fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo la presente opinión particular.

II. El proceso de transición en la implementación de las disposiciones en materia de transparencia y acceso a la información pública.

5. El siete (07) de febrero de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública, la que en su artículo quinto transitorio otorga a las Legislaturas de los Estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, del plazo de un año para armonizar su normatividad conforme al contenido del decreto. Dicho plazo feneció el ocho (08) de febrero de 2015.
6. El cuatro (04) de mayo de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que en su artículo quinto transitorio estableció un nuevo plazo de un año, al Congreso de la Unión, las Legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para armonizar las leyes respectivas. El plazo vence el cinco (05) de febrero del próximo año.



7. El artículo sexto transitorio de la Ley General antes señalada establece una *vacatio legis* de un año para la entrada en vigor de algunas de las disposiciones contempladas en dicho ordenamiento, especialmente lo relacionado con el recurso de revisión y de atracción depositados en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.
8. El ocho (08) de junio de 2015, en la Gaceta del Gobierno del Estado de México se publicó el decreto no. 435 de la Legislatura del Estado, mediante el cual se reforma el artículo quinto de la Constitución Local, armonizándola con la reforma constitucional federal en materia de transparencia.
9. De lo antes narrado puede apreciarse que en el Estado de México nos encontramos en proceso de implementación de la reforma toda vez que si bien se han actualizado los términos constitucionales locales, aún está pendiente de aprobarse la reforma a la legislación secundaria.
10. Lo anterior no significa que el derecho no deba tutelarse bajo los principios señalados en la reforma constitucional ya que, al reconocerse y definirse en el ordenamiento jurídico nacional y al ser desarrollado en la Ley General, así como por la consecuencia ineludible del propio valor normativo de la Constitución Federal y Estatal, el derecho de acceso a la información pública debe garantizarse plenamente,¹

¹ "En el plano teórico supone que el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas...; la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los

a través de diversos procedimientos ontológicos de resolución de conflictos, entre los cuales destaco los de interpretación conforme y el pro persona, lo anterior para colmar cualquier laguna normativa de la legislación secundaria local o cualquier antinomia jurídica que se produzca por la falta de actualización de la misma.²

III. Los datos personales.

11. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce, en su artículo 16, el derecho de todas las persona a la protección de sus datos personales. La Constitución de nuestra entidad, en su artículo quinto, precisa que goza de protección "*(l)a información referente a la intimidad de la vida privada*" mientras que la *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios* en su artículo 25 señala que se debe considerar como información clasificada como confidencial la que contenga datos personales.

poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar... En el plano metateórico, la distinción desempeña un papel no meramente descriptivo sino también crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto. Crítico en relación con las lagunas y las antinomias que ésta tiene el deber de poner en relieve, y normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras y reparar las segundas." FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Séptima edición, Madrid. Editorial Trotta. 2010. Pág. 63.

² "El ordenamiento... cuenta con una dimensión nomoestática, en virtud de la cual las normas indebidamente producidas o no producidas contradiciendo la constitución se conciben como vicios, es decir, como antinomias o como lagunas que deben ser eliminadas". FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid. Editorial Trotta. 2014. Pág. 20.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

Instituto Literario Pte. No. 510,
Col. Centro, C.P. 50000, Toluca, México

Calle de Pino Suárez s/n actualmente
Carretera Toluca - Ixtapan No. 111
Colonia La Michoacana, C.P. 52166
 Metepec, Estado de México

12. Por su parte, los *Criterios para la clasificación de la información pública de las dependencias, organismos auxiliares y fideicomisos públicos de la administración pública del Estado de México*, en el trigésimo, señala que es confidencial la información que contenga datos personales de una persona física identificada relativos a, entre otros aspectos, el patrimonio.
13. En el caso que se resuelve, el señor **Chavarría Flores** requirió datos relacionados con una obra pública ejecutada y financiada con recursos públicos. En virtud de que la obra pudo ser contratada con una persona jurídico colectiva, el conocer la razón social de esta poco puede contribuir a determinar quién recibió en adjudicación la obra, pero en virtud de que dicha figura es una forma de asociación de personas físicas para fines lucrativos, el señor **Chavarría** consideró adecuado conocer el nombre de quiénes son socios en la misma, esto es, quiénes la integran.
14. Ante dicha solicitud, la ponente y la mayoría consideró suficiente con señalar que la condición de socio de una persona jurídico colectiva es un dato relacionado con el patrimonio de diversas personas físicas y que, en consecuencia y de manera automática, debería extenderse la protección sobre dicha información impidiendo que se pueda acceder a ella vía solicitud de acceso a la información pública.
15. Si bien es cierto que la información en posesión de una autoridad y relacionada con el patrimonio de una persona es susceptible de ser protegida mediante la clasificación como información confidencial, por ejemplo la declaración anual de

ingresos que se presenta ante el Servicio de Administración Tributaria, o, para el caso de nuestra entidad, cualquier declaración y datos proporcionados por el contribuyente en un trámite para determinar impuestos o derechos, según lo señala el artículo 55 del **Código Financiero del Estado de México y Municipios**.

16. En el recurso que se resuelve es evidente que la información en la que puede constar el nombre de las personas físicas que integran a la persona jurídico colectiva no fue proporcionado a la autoridad en el contexto de un trámite para determinar un impuesto, un derecho o como consecuencia de sus facultades de comprobación, por lo que entonces si bien puede considerarse como patrimonial, su naturaleza debe sujetarse a un escrutinio más exhaustivo para determinar si requiere de la protección que resultaría de su clasificación como confidencial.
17. El patrimonio es, según José de Jesús López Monroy, *"el conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona"*.³ En el recurso de revisión que se resuelve y del que me aparto en lo correspondiente a la clasificación de esta información, el señor **Chavarría Flores** requirió la información relacionada con los socios de la empresa a la que se adjudicó la obra pública relacionada con la remodelación del Auditorio Municipal de Ixtapaluca. Si bien es cierto que la información que permita identificar qué personas son socias e integran a la persona jurídica en cuestión, también debe señalarse que no se requirió el porcentaje de participación de cada una

³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo P-Z. Editorial Porrúa. México, 2009. Pág. 2794.

de ellas, sino sólo la lista de los socios que la integran. Por lo tanto, la información que podría satisfacer la pretensión no necesariamente permitiría advertir el poder, apreciable en dinero, de cada una de ellas al interior de la empresa, razón inicial para advertir que se trata no de un dato personal susceptible de ser tutelado.

18. Deben considerarse diversos criterios que establecen un grado distinto para el caso de determinados derechos que en su concreción son todo menos universales, así lo señala por ejemplo Luigi Ferrajoli para quien:

*"Los derechos patrimoniales, como acaba de verse son disponibles. Al contrario de los derechos fundamentales, están, pues, sujetos a vicisitudes, o sea, destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos....."*⁴

19. Por lo que en el caso en cuestión es indispensable apreciar que, en primer lugar, la información requerida no permite identificar el patrimonio, cuantificable en dinero, de las personas físicas integrantes de la jurídico colectiva, por lo que no se cumple con el criterio de identificación individualizada que es consustancial al dato personal; segundo, dicha información no fue otorgada a la autoridad en el contexto de un trámite para determinar un impuesto o derecho o en ejercicio de sus facultades de comprobación, por lo tanto no cuenta con la protección como información confidencial y, por último y como se mostrará en la sección quinta del presente voto, dicha información permite identificar el ejercicio de asociación de determinadas

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos...* cit. Págs. 48 y 49.

personas con fines de lucro y, en este caso, para obtener una obra financiada con recursos públicos, lo que exige una serie de requisitos que en aras de la debida rendición de cuentas, debe reunir determinadas características especiales, las cuales, imposibilitan la aplicación del tratamiento de la información en su condición como dato personal, susceptible de ser protegido.

IV. El Régimen Constitucional.

20. Una de las principales aportaciones de las pasadas reformas constitucionales, federal y local, en materia de transparencia, consiste en la ampliación de los sujetos obligados, que ahora incluye expresamente a las **personas físicas o morales** que reciban y ejerzan recursos públicos. Dicho precepto fue contemplado en el artículo sexto de la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, por lo que según el artículo 133 de la Constitución Federal, ley suprema de la Unión y bajo el régimen del Estado Constitucional, se constituye en regla no derrotable, preeminente, a la luz de la cual debe interpretarse y disciplinarse el resto de las disposiciones del sistema jurídico y las decisiones de los operadores de las normas legales.
21. Si las personas morales para existir requieren de la concurrencia de dos o más personas físicas, considerando lo que al respecto señala Alejandro Tamayo y Salmorán al referir que: *"Las personas colectivas son ciertas entidades (normalmente grupos de individuos) a las cuales el derecho considera como una sola entidad para que actúe*

*como tal en la vida jurídica. Contrariamente a lo que pudiera creerse, las personas colectivas y la doctrina jurídica que le es propia ya es milenaria. Ulpiano, precisamente señala: 'sive singularis sit persona, quae metum intulit vel populus vel curia, vel collegium vel corpus' como lo son la curiua, el populus, los collegia, etc.'*⁵

22. En consecuencia, la información esencial y básica de la persona moral, en este caso, el requisito para constituir a una sociedad anónima no puede ser otro sino el que se integre por lo menos por dos personas físicas, según lo señala el artículo 89 de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**, esa es parte de la información básica y esencial de una persona moral.
23. En este sentido, si el régimen constitucional ha señalado como sujetos obligados al régimen constitucional de transparencia, a las personas morales que reciban recursos públicos o ejerzan actos de autoridad, es de evidente sentido común que la información más básica, esencial e indispensable de lo que constituye a la propia persona moral, se encuentra sujeta a dicho modelo de control, y esa información básica, esencial e indispensable es precisamente su integración, por lo que extender una restricción ilegítima al derecho de acceso a la información en esta materia constituye una clara acción inconstitucional que no puedo compartir y de la que me aparto en todos sus términos.

⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo P-Z. Editorial Porrúa. México, 2009. Pág. 2846.

V. La ruta de los recursos públicos.

24. La incorporación de las personas morales al universo de los sujetos obligados es un principio que fue contemplado en la Ley General en la materia en sus artículos 23, 81 y 82.
25. Mientras que el último párrafo del artículo 25 de la **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado y Municipios** determina que no puede considerarse como información reservada la que se encuentre en registros públicos o en fuentes de acceso público ni la que se considere como información pública.
26. Por lo tanto y si los procesos de licitación y contratación son información pública de oficio, si esos contratos constituyen la vía más frecuente para que las personas reciban y ejerzan recursos públicos, el que en el caso de las personas físicas que por sí mismas celebren un contrato con una autoridad, su nombre formaría parte de la información pública de oficio y sería disponible mediante cualquier consulta al Sistema IPOMEX o mediante una solicitud de acceso a la información pública, mientras que a juicio de la ponente y del resto de mis colegas, las personas físicas que bajo la modalidad de una jurídica colectiva realizan el mismo acto, contarían con una protección adicional, injustificada y que claramente constituiría un trato diferente ante una situación igual que no se puede explicar ni justificar por disposiciones legales que no son aplicables a la materia de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

27. Esa diferencia ilegítima puede provocar una seria afectación al régimen de probidad en el ejercicio de los recursos públicos, lo que se encuentra sujeto a controles administrativos y populares. La documentación en la que conste la información sobre el nombre de las personas físicas que integran a la persona jurídico colectiva que pudo haber obtenido la contratación de la obra pública en cuestión debió entregarse a la autoridad, entre otras cosas, para verificar que se cumpliera la prohibición que señala el artículo 12.48 del **Código Administrativo del Estado de México** que determina que estos actos no pueden convenirse con las personas que expresamente señala la disposición normativa. Por lo tanto, acceder a esta información evidentemente que abona a verificar que la autoridad haya cumplido con las restricciones aplicables, lo que constituye un acto que a todas luces es susceptible de ser sujeto a control administrativo y popular. Por lo que la difusión de esta información en particular, en lugar de ser catalogada como confidencial, debió de permitirse su acceso por su evidente importancia para el proceso de rendición de cuentas.
28. Lo anterior en razón de que es precisamente en el proceso de contratación pública en el que con mayor frecuencia ocurren actos de corrupción, lo que ha provocado que incluso se haya considerado necesaria la aprobación de una Ley General de Contratación que se encuentra en proceso de discusión en el Congreso de la Unión.

VI. Decisiones que provocan discriminación por motivos de clase.

29. Como consecuencia de la reforma constitucional en materia de transparencia ya señalada antes, el Poder Reformador de la Unión, decidió ampliar los sujetos obligados en este campo, incluyendo a dos tipos de personas colectivas: los sindicatos y las personas morales que reciban y ejerzan recursos públicos o realicen actos de autoridad. Dada la naturaleza uniforme de los sindicatos, fue posible que el legislador ordinario precisara la información pública de oficio específica de este tipo de asociaciones. En el caso de las personas morales, dada la diversidad de estas mismas y la forma distinta en la que pueden concurrir los tres supuestos de actualización de la norma constitucional, su regulación es más laxa en la Ley General.

30. En el caso de los sindicatos se precisa que la lista de socios siempre debe estar disponible, por lo que este propio Órgano Garante en la resolución 01799/INFOEM/RR/2015 ordenó la entrega de la información relacionada con la misma, y si, como he señalado en los párrafos 21,22, y 23 de este voto, la lista de quienes integran a la empresa es la información básica de la persona moral y si tiene el debido cuidado de proteger el grado, monto o porcentaje de la participación de los socios, permite conocer a las personas físicas que integran a las morales involucradas con los recursos públicos. Resolver en el primer caso por ordenar la entrega de la información y en el segundo por clasificada, genera un trato diferente

e injustificado, ya que tanto la condición sindical como la participación económica en una empresa con fines de lucro, han sido considerados como datos personales que deben protegerse, en la doctrina europea. En el caso nuestro país sí se ha decidido establecer límites y restricciones al respecto, ello obedece y se explica por el involucramiento de los recursos públicos y propiciar un trato diferenciado, en un tema tan sensible, que exponga a los trabajadores y resguarde a la patronal, constituye un trato distinto, contrario al último párrafo del artículo primero constitucional que prohíbe todo tipo de discriminación y que en el caso que nos ocupa puede constituir una desigualdad por razones de clase.

VII. Conclusiones.

31. En consecuencia, la información consistente en el nombre de las personas físicas que integran a la persona jurídico colectiva con la que se haya contratado la obra pública en cuestión, si bien puede considerarse como información patrimonial, al ser tan general que no permite identificar la participación económica determinada de cada una de ellas en la empresa, impide que se considere como un dato personal susceptible de ser protegido. Dicha información fue proporcionada a la autoridad en un proceso de contratación público regulado en el libro Décimo Segundo del Código Administrativo del Estado y no en un trámite para determinar un impuesto, derecho o en ejercicio de las facultades de comprobación, en cuyos casos existe una clara protección como información confidencial según lo que dispone el artículo 55 del Código Financiero del Estado de México y Municipios. Además y como bien

señala Luigi Ferrajoli, los derechos patrimoniales no son fundamentales y, en consecuencia, son disponibles, susceptibles de ser limitados o restringidos, siempre y cuando se observen las debidas formalidades de ley que, en el caso que se resuelve, eran totalmente aceptables ya que la información requerida permitiría apreciar que al asignarse la obra se cumplieran las disposiciones señaladas en el artículo 12.48 del Código Administrativo del Estado, lo que evidentemente abona al proceso de rendición de cuentas. Extender una restricción al derecho de acceso a la información pública impidiendo que se conozca el nombre de los accionistas de una empresa que ejecuta una obra pública es un acto inconstitucional que puede tener graves efectos al impedir el adecuado control de las acciones de gobierno para impedir contrataciones con personas impedidas por la ley, provocar un trato desigual injustificado que provoque una condición de discriminación con motivo de clase. En razón de lo anterior considero que la información requerida debió de otorgarse y espero que, una vez que concluya el proceso de armonización de nuestra legislación local, las dudas que existen al respecto queden debidamente dilucidadas. En tanto, he decidido apartarme de la resolución en lo que corresponde a la clasificación de la información ya señalada.



JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ
COMISIONADO