

Metepec, México; 7 de diciembre de 2016

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE FORMULAN LA COMISIONADA PRESIDENTA JOSEFINA ROMÁN VERGARA Y LA COMISIONADA EVA ABAID YAPUR 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 CUADRAGÉSIMA QUINTA SESIÓN ORDINARIA DE FECHA SIETE DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECISÉIS, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 03253/INFOEM/IP/RR/2016.

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 14, fracciones X y XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, las que suscriben **Josefina Román Vergara y Eva Abaid Yapur** emitimos **VOTO PARTICULAR CONCURRENTES** respecto de la resolución del recurso de revisión **03253/INFOEM/IP/RR/2016**, presentada al Pleno de este Instituto por el Comisionado **José Guadalupe Luna Hernández** en la Cuadragésima Quinta Sesión Ordinaria, de siete de diciembre de dos mil dieciséis. Voto que es del tenor literal siguiente:

Las que suscribimos coincidimos con el sentido en que se resolvió el recurso de revisión en cuanto a ordenar al Sujeto Obligado la entrega, previa búsqueda, del Convenio de sueldos y prestaciones suscrito entre SUTEyM y la Universidad Politécnica de Tecámac correspondiente al año 2015, empero diferimos en cuanto al

hecho de que el Sujeto Obligado debería emitir pronunciamiento por medio del cual motivara las causas por las cuales el Sujeto Obligado no celebró el convenio de mérito, por las consideraciones de hecho y de derecho que se exponen a continuación:

Por principio de cuentas debemos señalar que el derecho humano de acceso a la información pública implica el conocimiento de los particulares de la información contenida en los documentos que generen, posean o administren los Sujetos Obligados; incluso se impone la obligación a las autoridades de preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados.

En consecuencia, para que los Sujetos Obligados hagan efectivo tal derecho de acceso deben poner a disposición de los particulares los documentos en los que conste el ejercicio de sus atribuciones legales o que por cualquier circunstancia.

Al respecto, es de comentar que tales atribuciones o funciones resultan facultativas y potestativas.

Las primeras, conllevan a otorgar o imponer atribuciones que deben cumplirse conforme se encuentre previsto en la norma; por el contrario, las potestativas dependen de la voluntad de una de las partes para su realización, de ahí que no necesariamente deban materializarse.

Expuesto lo anterior, considerando que la solicitud de información se centra en el Convenio de Sueldos y Prestaciones Laborales, es oportuno remitirnos a la

definición de convenio y posteriormente a lo que establece al efecto la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios.

Así tenemos que conforme al artículo 7.30 del Código Civil del Estado de México el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Ahora bien, en el caso específico del Convenio de Sueldos y Prestaciones Laborales, el artículo 54 de la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado y Municipios dispone que los beneficios y prestaciones laborales de los servidores públicos sindicalizados y generales estarán contemplados en el Reglamento de Condiciones Generales de Trabajo aplicables a los servidores públicos y en los Convenios de Sueldo y Prestaciones.

Aunado a ello, el precepto en cita prevé que las instituciones o dependencias públicas que no cuenten con un documento que avale las condiciones generales de trabajo aplicables, deberán estar a lo establecido por la Ley del Trabajo vigente en la entidad, siendo que el reglamento sea para sindicalizados se hará de común acuerdo con el sindicato.

Conforme a ello, se advierte que las instituciones públicas cuentan con la facultad potestativa de celebrar con el Sindicato correspondiente el Convenio de Sueldos y Prestaciones Laborales de sus servidores públicos, situación que, se insiste, no conlleva a que estén obligados a celebrar el convenio y, por ende, a contar con dicho documento.

En esa virtud, en la resolución respecto de la cual se emite el presente voto particular se estima que no debió establecerse que el Sujeto Obligado tendría que motivar las causas por las cuales no celebró el convenio cuya entrega se ordena, ya que si bien el segundo párrafo del artículo 19 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios dispone los Sujetos Obligados deben motivar su respuesta en aquellos casos cuyas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, también lo es que dicha situación no debe entenderse como motivación en sentido amplio.

Lo anterior es así, toda vez que la motivación a que se refiere el precepto en cita implica que los Sujetos Obligados deben establecer el **motivo**, entendiéndose como la **razón** por la cual no ejercieron la facultad, competencia o función, sin que ello se confunda con el principio de motivación previsto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; principio que consiste en razonar cómo se adecua la hipótesis al caso concreto que permite aplicar la norma jurídica, esto es, exponer las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento, supuesto que en el presente caso no resulta aplicable.

Sirve de sustento a lo anterior las tesis jurisprudenciales que se señalan a continuación:

“FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a

concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento."

"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN. El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el "para qué" de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción."

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA DIFERENCIA ENTRE LA FALTA Y LA INDEBIDA SATISFACCIÓN DE AMBOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES TRASCIENDE AL ORDEN EN QUE DEBEN ESTUDIARSE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y A LOS EFECTOS DEL FALLO PROTECTOR. La falta de fundamentación y motivación es una violación formal diversa a la indebida o incorrecta fundamentación y motivación, que es una violación material o de fondo, siendo distintos los efectos que genera la existencia de una u otra, por lo que el estudio de aquella omisión debe hacerse de manera previa. En efecto, el artículo 16 constitucional establece, en su primer párrafo, el imperativo para las autoridades de fundar y motivar sus actos que incidan en la esfera de los gobernados, pero la contravención al mandato constitucional que exige la expresión de ambas en los actos de autoridad puede revestir dos formas distintas, a saber: la derivada de

su falta, y la correspondiente a su incorrección. Se produce la falta de fundamentación y motivación, cuando se omite expresar el dispositivo legal aplicable al asunto y las razones que se hayan considerado para estimar que el caso puede subsumirse en la hipótesis prevista en esa norma jurídica. **En cambio,** hay una indebida fundamentación cuando en el acto de autoridad sí se invoca el precepto legal, sin embargo, resulta inaplicable al asunto por las características específicas de éste que impiden su adecuación o encuadre en la hipótesis normativa; **y una incorrecta motivación, en el supuesto en que sí se indican las razones que tiene en consideración la autoridad para emitir el acto, pero aquéllas están en disonancia con el contenido de la norma legal que se aplica en el caso.** De manera que la falta de fundamentación y motivación significa la carencia o ausencia de tales requisitos, mientras que la indebida o incorrecta fundamentación y motivación entraña la presencia de ambos requisitos constitucionales, pero con un desajuste entre la aplicación de normas y los razonamientos formulados por la autoridad con el caso concreto. La diferencia apuntada permite advertir que en el primer supuesto se trata de una violación formal dado que el acto de autoridad carece de elementos ínsitos, connaturales, al mismo por virtud de un imperativo constitucional, por lo que, advertida su ausencia mediante la simple lectura del acto reclamado, procederá conceder el amparo solicitado; y en el segundo caso consiste en una violación material o de fondo porque se ha cumplido con la forma mediante la expresión de fundamentos y motivos, pero unos y otros son incorrectos, lo cual, por regla general, también dará lugar a un fallo protector, sin embargo, será menester un previo análisis del contenido del asunto para llegar a concluir la mencionada incorrección. Por virtud de esa nota distintiva, los efectos de la concesión del amparo, tratándose de una resolución jurisdiccional, son igualmente diversos en uno y otro caso, pues aunque existe un elemento común, o sea, que la autoridad deje insubsistente el acto inconstitucional, en el primer supuesto será para que subsane la irregularidad expresando la fundamentación y motivación antes ausente, y en el segundo para que aporte fundamentos y motivos diferentes a los que formuló previamente. La apuntada diferencia trasciende, igualmente, al orden en que se deberán estudiar los argumentos que hagan valer los quejosos, ya que si en un caso se advierte la carencia de los requisitos constitucionales de que se trata, es decir, una violación formal, se concederá el amparo para los efectos indicados, con exclusión del análisis de los motivos de disenso que, concurriendo con los atinentes al defecto, versen sobre la incorrección de ambos elementos inherentes al acto de autoridad; empero, si han sido satisfechos aquéllos, será factible el estudio de la indebida.”

(Énfasis añadido)

En consecuencia, en la resolución no se debió establecer tal hecho, ya que dicha situación genera incertidumbre tanto al Sujeto Obligado como al recurrente, lo cual se contrapone a los principios de certeza y legalidad previstos en los artículos 9, fracción I y VI de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

Josefina Román Vergara
Comisionada Presidenta
(Rúbrica)

Eva Abaid Yapur
Comisionada
(Rúbrica)

Esta hoja corresponde al voto particular concurrente emitido en el recurso de revisión 03253/INFOEM/IP/RR/2016 aprobado en la Cuadragésima Quinta Sesión Ordinaria del siete de diciembre de dos mil dieciséis.

BCM/YSM/GRR