

Metepec, México; 29 de junio de 2016.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE QUE FORMULAN LA COMISIONADA PRESIDENTA JOSEFINA ROMÁN VERGARA Y LA COMISIONADA EVA ABAID YAPUR, EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DICTADA 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 SESIÓN DE FECHA VEINTINUEVE DE JUNIO DE DOS MIL DIECISÉIS, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01578/INFOEM/IP/RR/2016 Y ACUMULADOS.

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 20, fracciones II y IV y 30, fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, las suscritas Josefina Román Vergara y Eva Abaid Yapur emitimos **VOTO PARTICULAR CONCURRENTE**, respecto a la resolución de los recursos de revisión números 01578/INFOEM/IP/RR/2016, 01579/INFOEM/IP/RR/2016 y 01580/INFOEM/IP/RR/2016 acumulados pronunciada por el Pleno de este Instituto, ante el proyecto presentado por el Comisionado José Guadalupe Luna Hernández, en la Vigésimo Cuarta Sesión Ordinaria, de fecha veintinueve de junio de dos mil dieciséis. Voto que es del tenor siguiente:

Es de destacar, que las suscritas coincidimos con el sentido en que se resolvieron los recursos de revisión; empero, diferimos respecto de que la información relativa a la póliza de cheque y cuenta de auxiliares del proveedor *Concretos Asfálticos Pirámide, S.A de C.V.* se haga entrega en copias certificadas sin costo.

Lo anterior es así, puesto que la Ponencia Resolutora determina que el Sujeto Obligado no justifica en ningún momento de forma fundada y motivada el cambio

de modalidad de entrega de la información a vía SAIMEX y en copias simples, razón por la cual estima que le es aplicable el artículo 234 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

Esto es así, ya que considera que al no haber respetado la forma de entrega de la información y por ello no atender las solicitudes en los términos de Ley, incurre en negligencia; por lo que, precisa que se proporcione la información sin costo alguno para el solicitante, dentro del plazo de quince días hábiles.

Sin embargo, las suscritas diferimos del análisis realizado por el Ponente, en un primer orden de ideas, puesto que consideramos que no le puede ser atribuible la negligencia al Sujeto Obligado, en atención a que ésta¹ es claramente imputable a los servidores públicos que deben atender los requerimientos de la materia, no así al ente gubernamental.

En esa virtud, si la negligencia es atribuible a un servidor público en el ejercicio de sus atribuciones entonces lo procedente es remitirnos a la legislación específica al respecto, esto es, la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios, concretamente a lo que disponen los artículos 41 y 42 de dicha legislación.

Así las cosas, los preceptos legales mencionados en el párrafo que antecede establecen que son sujetos de responsabilidad administrativa disciplinaria, los servidores públicos y que para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban ser observadas en la prestación del servicio público, independientemente de las obligaciones específicas que correspondan al empleo, cargo o comisión, todo servidor público, sin perjuicio de sus derechos y

¹ En el entendido que la negligencia se define como el descuido, la falta de cuidado, o bien, la falta de aplicación, de conformidad con lo dispuesto por la Real Academia de la Lengua Española; definición ubicable en la siguiente dirección web: <http://dle.rae.es/?id=QMABIOd>

deberes laborales, tiene una serie de obligaciones de carácter general, descritas en el texto del artículo 42 en cita.

Bajo esa óptica, la legislación establece una serie de sanciones imputables a aquellos servidores públicos que incumplan con sus obligaciones, las cuales se substancian por la Contraloría Interna y Órgano de Vigilancia de este Instituto, en términos de lo dispuesto por el artículo 41, fracción XXV del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, el cual establece que es dicha Contraloría quien realiza investigaciones sobre presuntas violaciones de los Sujetos Obligados a las Leyes de la materia e inicia procedimientos de responsabilidad administrativa, conforme a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios.

Robustece lo anterior, el hecho de que el artículo citado por la Ponencia Resolutora se encuentra definido en el Título Noveno *De las Medidas de Apremio, Responsabilidades y Sanciones*, Capítulo II *De las Responsabilidades y Sanciones* de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios; en el cual se establece en el artículo 223 que el Instituto debe dar vista a la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia, en términos de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios, para que determine el grado de responsabilidad de quienes incumplan con las obligaciones de la legislación Sustantiva.

Por ello, las que suscriben estimamos que para determinar la presunta negligencia en que incurre determinado servidor público, es necesario que la Contraloría Interna y Órgano de Vigilancia de esta Autoridad agote el procedimiento descrito en el artículo 59 de la multicitada legislación en materia de responsabilidades, el cual consiste en el siguiente:

- I. El procedimiento administrativo disciplinario se inicia cuando se notifica al presunto responsable el oficio por el que se le da a conocer el lugar, día y hora en que se realizará la audiencia, la responsabilidad o responsabilidades que se le imputen y su derecho a ofrecer pruebas y alegar en la misma, por si o por medio de defensor.
A la audiencia, podrá asistir el representante de la dependencia de adscripción que para tal efecto se designe. Entre la fecha de la citación y la de la audiencia, deberá mediar un plazo no menor de 5 ni mayor de 15 días hábiles. En el desahogo de la garantía de audiencia, se podrá interrogar al servidor público sobre todos los hechos y circunstancias que hayan motivado el procedimiento administrativo y sean conducentes para el conocimiento de los hechos;
- II. Al concluir la audiencia o dentro de los treinta días hábiles siguientes, se resolverá sobre la existencia de responsabilidad o se impondrá al infractor las sanciones administrativas correspondientes, notificándose la resolución dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al interesado, a su jefe inmediato, al representante designado por la dependencia y al superior jerárquico.
De existir responsabilidad administrativa de uno a varios servidores públicos, podrá determinarse la responsabilidad de los particulares, cuando hayan participado con los servidores públicos en las irregularidades que determinaron la responsabilidad resarcitoria por daños, perjuicios o beneficios obtenidos indebidamente en detrimento del erario estatal o municipal, quienes tendrán el derecho de comparecer durante el procedimiento e interponer los recursos previstos en la ley.
- III. Si la audiencia se desprende que no existen elementos suficientes para resolver, se actuará en consecuencia, si se advierten elementos que impliquen la configuración de otras causales de responsabilidad administrativa con cargo al presunto responsable, otros servidores públicos o personas, se podrá disponer la práctica de investigaciones y

citar para otra u otras audiencias, notificando en ese momento al presunto responsable las nuevas infracciones administrativas que se le atribuyan y en su caso, a los otros presuntos responsables para continuar con el procedimiento.

Iniciado el procedimiento administrativo y de existir elementos suficientes que determinen un daño o beneficio indebido en detrimento del erario estatal o municipal, la autoridad ejecutora del posible crédito fiscal a solicitud del órgano de control interno podrá tratar embargo precautorio para asegurar la reparación del daño o perjuicio causado, pero en todos los casos el depositario será el presunto responsable.

IV. En cualquier momento, previo o posterior al citatorio a que se refiere la fracción I, se podrá determinar, tratándose de servidores públicos, la suspensión temporal de los presuntos responsables de su cargo, empleos o comisiones, cuando causen perjuicio a la administración pública, si así conviene para la conducción o continuación de las investigaciones.

Esta medida cautelar no será menor a tres días ni mayor a treinta días naturales y surtirá sus efectos desde el momento en que sea notificada al interesado o interesada.

La suspensión temporal a que se refiere el párrafo anterior, interrumpe los efectos del acto que haya dado origen al empleo, cargo o comisión y regirá desde el momento que sea notificada al interesado o éste quede enterado de la resolución por cualquier medio.

La suspensión cesará, cuando así lo resuelva la autoridad instructora, independientemente de la iniciación, continuación o conclusión del procedimiento.

Si los servidores públicos suspendidos temporalmente, no resultaren responsables de la falta que se les atribuye, serán restituidos en el goce de sus derechos y se les cubrirán íntegramente las percepciones que debieron recibir durante el tiempo de la suspensión dictada por el órgano competente.

Se requerirá autorización del H. Ayuntamiento para dicha suspensión, cuando el nombramiento del servidor público de que se trate hubiese sido realizado por éstos.

En virtud de lo expuesto, las que suscriben coincidimos en que la resolución de recursos de revisión no es la vía para determinar si la actuación de un servidor públicos es negligente, puesto que existe un procedimiento específico perfectamente articulado en la legislación estatal en materia de responsabilidades; por lo que, la calificación atribuida por la Ponencia Resolutora excede los alcances de la resolución planteada y, más importante aún, no atiende a los principios de fundamentación y motivación constitucionales, en el entendido de que la fundamentación y la motivación tienen como propósito el que el servidor público imputado conozca a detalle y de manera completa la esencia de aquellas circunstancias y condiciones que determinaron la determinación de este Instituto, de manera que sea evidente y muy claro para él, cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa.

Lo anterior, ya que 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 realizado. Sirve de Sustento a lo anterior la Tesis jurisprudencial número I.4º.A. J/43, Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo el número de registro 175,082 que a la letra dice:

"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."

(Énfasis añadido.)

En el entendido de que la debida fundamentación y motivación legal constituye la cita del precepto legal aplicable al caso, por cuanto hace a la fundamentación y las razones, motivos o circunstancias que llevaron a este Instituto a concluir que la actuación del servidor público imputado encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento, por lo que respecta a la motivación. Sirve de sustento a lo anterior la tesis jurisprudencial número VI. 2º. J/43 Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo el número de registro 203,143 de Rubro:

"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."

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE 01578/INFOEM/IP/RR/2016 Y ACUMULADOS

(Énfasis añadido)

En conclusión, las suscritas diferimos de la Resolución presentada, en lo que respecta a la entrega de la información en copias certificadas sin costo, justificando lo anterior, en determinar mediante resolución de recursos de revisión el calificar la negligencia por parte del Sujeto Obligado, siendo que la resolución de los recursos de revisión no es la vía para determinar si la conducta de un servidor público es negligente, respecto a sus obligaciones; puesto que como ya se detalló existe un procedimiento específico denotado en la Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos del Estado y Municipios, substanciado por la Contraloría Interna y Órgano de Vigilancia de este Instituto.

Josefina Román Vergara

Comisionada Presidenta

Eva Abaid Yapur

Comisionada

(Rúbrica)

(Rúbrica)

CBO