

"2016. Año del Centenario de la Instalación del Congreso Constituyente"

Oficio número: INFOEM/COM-JGLH/433/2016

Metepec, Estado de México a 19 de diciembre de 2016

MAESTRA CATALINA CAMARILLO ROSAS
SECRETARIA TÉCNICA DEL PLENO
PRESENTE

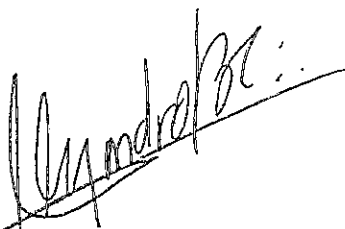
De conformidad con los artículos 14, fracciones X y XI y 16, fracción X, del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, le hago llegar el **voto particular** del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández respecto de la resolución definitiva presentada en la cuadragésima sexta sesión ordinaria de este Pleno:

• 03357/INFOEM/IP/RR/2016 – SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA

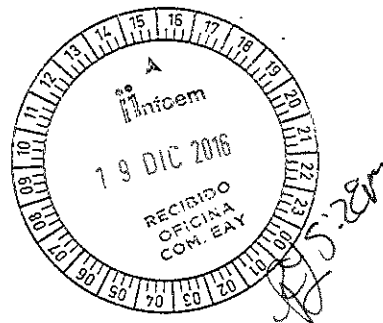
Con el fin de que se agregue a la resolución definitiva correspondiente para su archivo y resguardo.

Sin otro particular me despido de usted y le envié un cordial saludo.

ATENTAMENTE:



LIC. DANIEL ALEJANDRO BENÍTEZ CRUZ



C.c.p. Maestra Eva Abaid Yapur; Comisionada, para su conocimiento.

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

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 03357/INFOEM/IP/RR/2016.

Líneas argumentativas:

1. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, considerando desde su origen la eventual publicidad y reutilización de la información que generen.
2. De las facultades y atribuciones del Comité de Transparencia está la de ordenar, en su caso, a las Áreas competentes que generen la información que derivado de sus facultades, competencias y funciones deban tener en posesión o que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de forma fundada y motivada, las razones por las cuales, en el caso particular, no ejercieron dichas facultades, competencias o funciones.

Índice

I. Consideraciones Generales	2
II. De la Obligación del Sujeto Obligado de Documentar todo Acto.....	4
III. De la Obligación de Generar el Documento.....	6

I. Consideraciones Generales

3. He concurrido con mi voto 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 sesión del día 14 de diciembre en la cuadragésima sexta sesión ordinaria, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de la respuesta de la Secretaría de Infraestructura, procedimiento al que se le asignó el número de expediente 03357/INFOEM/IP/RR/2016.
4. La resolución declara parcialmente fundadas las razones o motivos de inconformidad hechos valer por [REDACTED] y revoca la respuesta de la Secretaría de Infraestructura, indicándole atender la solicitud 00155/SINF/IP/2016 en los siguientes términos:
 - a) *El costo del material.*
 - b) *Partida presupuestal.*
 - c) *Cantidad y características del material adquirido.*
 - d) *Costo de la instalación.*

e) *Empresa a la que fue comprado el material.*

Debiendo notificar al RECURRENTE el Acuerdo de Clasificación de la información confidencial, que emita su Comité de Transparencia con motivo de la versión pública. Para el caso de que la información en ejercicio de sus funciones no se haya generado, poseído o administrado bastará con hacerlo del conocimiento del RECURRENTE"

5. Mi voto particular se deriva de un aspecto contenido en el Considerando 5, que determina ordenar una **búsqueda exhaustiva** de la información, haciendo hincapié que la solicitud de información puede obrar en la Dirección General de Administración y Construcción de Obra Pública; sin embargo, para el caso de que aún y cuando se lleve a cabo la búsqueda exhaustiva de la misma y **EL SUJETO OBLIGADO** no la encontrara por motivo de que la información no se generó o administró, éste deberá hacerlo del conocimiento del **RECURRENTE** al momento de dar cumplimiento a esta resolución, lo que implica el riesgo de que no se dé por satisfecho de acceso a la Información del particular, además de incurrir en falta de coherencia en las resoluciones emitidas por este Pleno.

6. Por tal motivo y en términos de lo señalado por el artículo 14 fracción XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo la presente voto particular.

II. De la Obligación del Sujeto Obligado de Documentar todo Acto.

7. En primer término es de señalar que la respuesta del SUJETO OBLIGADO en la que señala *"en los archivos de la Dirección General de Administración y Construcción de Obra Pública no obran contratos celebrados respecto de la compra del pasto sintético para el Deportivo Santa Clara."* no genera certeza jurídica sobre la inexistencia de la información solicitada, si bien, la Secretaría de Infraestructura turnó la solicitud a diversas unidades administrativas competentes, no son las únicas que pueden contar con la información, ya que existe evidencia que de la ejecución del acto por el SUJETO OBLIGADO, de acuerdo a declaraciones hechas por funcionarios de la Secretaría de Infraestructura, respecto del retiro del pasto sintético colocado para la inauguración del mexicable, hecho que fue publicado en el portal Oficial Edomex; acción que debió ser documentada.
8. Por lo que la preocupación de documentar acciones reviste relevancia, tan es así que con la última reforma constitucional de febrero de 2014, se estableció en el artículo 6° de la Ley fundamental en el apartado A fracción I, "que todos los sujetos obligados deberán documentar todo acto que deriva del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones y que la Ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá a la declaratoria de inexistencia de la información".

9. En este sentido, el artículo 18 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios establece que "los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, considerando desde su origen la eventual publicidad y reutilización de la información que generen.
10. Ahora bien, en este orden de ideas el artículo 19 señala claramente, que se presume que la información debe existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados.
11. Por lo que de los preceptos jurídicos citados, si bien es cierto, este Órgano Garante no está facultado para pronunciarse sobre la veracidad de la información que los Sujetos Obligados ponen a disposición de los solicitantes, también lo es que su principal objetivo es garantizar el derecho de acceso a la información pública, por lo que mi voto particular en el presente recurso de revisión se emite en el sentido de que si el **SUJETO OBLIGADO** está facultado para generar, poseer y administrar la información solicitar por formar parte de sus funciones y por existir evidencia de que la Secretaría de Infraestructura fue la encargada de ejecutar tal acción y como acto realizado con recursos públicos, debe ser documentado.

III. De la Obligación de Generar el Documento.

12. Si bien es cierto, que las dependencias y entidades sólo estarán obligadas a entregar documentos que se encuentren en sus archivos y no están obligadas a elaborar documentos ad hoc para atender las solicitudes de información, sino que deben garantizar el acceso a la información con la que cuenten, en el formato que la misma así lo permita o se encuentre, en aras de dar satisfacción a la solicitud presentada, también lo es que en el caso que nos ocupa estudiar, no se trata de información con la que ya cuente en sus archivos, sino se trata de información de actos que el SUJETO OBLIGADO debió documentar y no lo hizo.
13. En este sentido la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en específico en su artículo 65 fracción III, el cual en la parte que nos interesa dispone que entre las facultades y atribuciones del Comité de Transparencia está la de ordenar, en su caso, a las Áreas competentes que generen la información que derivado de sus facultades, competencias y funciones deban tener en posesión o que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de forma fundada y motivada, las razones por las cuales, en el caso particular, no ejercieron dichas facultades, competencias o funciones.
14. Por su parte la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios en su 169, fracción III, señala: Cuando la información no se encuentre en los archivos del sujeto obligado, el Comité de Transparencia

ordenará, siempre que sea materialmente posible que se genere o se reponga la información en caso de que ésta tuviera que existir en la medida que deriva del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, o que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de forma fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso particular no ejerció dichas facultades, competencias o funciones, lo cual notificará al solicitante a través de la Unidad de Transparencia"

15. En el caso en estudio, [REDACTED] requirió respecto del pasto sintético colocado en el deportivo Santa Clara para la inauguración del mexicable 1)Costo del material; 2)Partida presupuestal de donde se adquirió; 3)Cantidad y características del material adquirido; 4)Costo de la instalación y 5)Empresa a la que fue comprado el material.
16. Para resolver adecuadamente el asunto sometido a nuestro conocimiento, debemos considerar que la Secretaría de Infraestructura cuenta para el ejercicio de sus atribuciones y responsabilidades ejecutivas, para el cumplimiento de sus funciones, además de que existe evidencia y manifestaciones de los servidores públicos adscritos a dicha dependencia, que tal Secretaría ejecuto tal acción.
17. En este sentido, en la resolución señalada con anterioridad el **SUJETO OBLIGADO** no entrega respuesta; sin embargo, derivado de este hecho, en el estudio de la resolución de la respuesta, se ordenó una búsqueda exhaustiva de la información,

haciendo hincapié que la solicitud de información puede obrar en la Dirección General de Administración y Construcción de Obra Pública; sin embargo, para el caso de que aún y cuando se lleve a cabo la búsqueda exhaustiva de la misma y EL SUJETO OBLIGADO no la encontrara por motivo de que la información no se generó o administró, éste deberá hacerlo del conocimiento del RECURRENTE al momento de dar cumplimiento a esta resolución.

18. Ahora bien es de señalar en las resoluciones de este Pleno, existe precedente en cuanto a la generación de documentos cuando la información no se encuentra en los archivos del SUJETO OBLIGADO y si es materialmente posible se ordena se genere o se reponga la información que tuviera que existir cuando deriva del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, y que para el caso de que acredite la imposibilidad de generarlo lo deberá exponer de forma fundada y motivada en la que explique las razones por la cuales en el caso particular no ejerció dichas facultades competencias o funciones, y una vez, expuestas y fundadas las razones notificarlo al solicitante.
19. El precedente lo encontramos en la resolución del recurso de revisión 03266/INFOEM/IP/RR/2016, en el que este Pleno ordeno, de ser materialmente posible fueran generados determinados documentos y que de ser el caso previa acreditación de imposibilidad en la generación de la información respecto de la cual se ordena su entrega, el SUJETO OBLIGADO deberá elaborar un oficio en el cual se exponga de forma fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso

particular no ejerció dichas facultades, competencias o funciones y en el caso de que el Sujeto Obligado previa acreditación de la imposibilidad de su generación deberá exponer de forma fundada y motivada, las razones por la cuales en el caso particular no ejerció dichas facultades, competencia o funciones, y deberá emitir la declaratoria de inexistencia correspondiente.

20. Mi voto particular es en razón, de que al tratarse de recursos de revisión en los cuales el motivo de estudio se trata de información que no se encuentra en los archivos del sujeto obligado, pero que existe la posibilidad de generar o reponer el documento toda vez que deriva del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones y en el recurso de revisión precedente referido en el párrafo anterior se ordena generar el documento en los términos citados y en la presente resolución únicamente se ordena entregar previa búsqueda exhaustiva para el caso de contar con la información, los documentos en versión pública respecto de la compra del pasto sintético, colocado en el deportivo Santa Clara para la inauguración del Mexicable, donde conste la siguiente información:

- "a) El costo del material.*
- b) Partida presupuestal.*
- c) Cantidad y características del material adquirido.*
- d) Costo de la instalación.*
- e) Empresa a la que fue comprado el material.*

Debiendo notificar al RECURRENTE el Acuerdo de Clasificación de la información confidencial, que emita su Comité de Transparencia con motivo de la versión pública.

Para el caso de que la información en ejercicio de sus funciones no se haya generado, poseído o administrado bastará con hacerlo del conocimiento del RECURRENTE

21. Como puede observarse, el citado recurso de revisión precedente y el que ahora se resuelve y en el cual emito mi voto particular no guardan relación en el sentido en el que se resuelven, en cuanto a la obligación de la Unidad de Transparencia de ordenar generar o reponer los documentos cuando derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones o en su caso cuando sea imposible generarlo exponer de forma fundada y motivada las razones por las cuales no ejerció dichas facultades, competencias o funciones, mas no, únicamente hacerlo del conocimiento del recurrente previa búsqueda exhaustiva.

22. Situación que pone entre dicho la autonomía de este Órgano Garante, al no resolver en el mismo sentido, recursos con misma materia de estudio, en este sentido José Woldenberg Karakowsky en el cuaderno de transparencia 23 capítulo III numeral 3, por una Cultura de la transparencia en México del Instituto Nacional de Transparencia Acceso a la Información y Protección de Datos Personales señala que "para que el derecho de la información funcione, se requieren algunas condiciones más allá de las disposiciones constitucionales y legales en la materia, entre otros, la

fuerza de los institutos de acceso a la información. Buenos registros documentales y buena gestión, en esa área, de las distintas dependencias, deberían bastar para poder ejercer el derecho a contar con información pública. Pero ya sabemos que inercias de todo tipo, consideraciones contrarias a transparencia, intereses creados, suelen erigir obstáculos para el ejercicio de tan estratégico derecho. Por ello, reforzar a los institutos encargados de velar por su cumplimiento no es una tarea menor. Subrayar su autonomía y robustecer sus facultades, debería ser prioritario."

23. En consecuencia, es que resulta legítimo ordenar generar el documento solicitado por el particular en razón que deriva de las facultades competencias y funciones de la Secretaría de Infraestructura, con la finalidad de respetar plenamente el derecho de [REDACTED] de acceso a la información.

24. Es en atención a las consideraciones antes señaladas en primer término que los sujeto obligados deberán documentar todo acto que deriva del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, en segundo lugar, cuando la información no se encuentre en los archivos del sujeto obligado y esta derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones el Comité de Transparencia ordenará siempre que sea materialmente posible que se genere o se reponga la información o en caso de previa acreditación de imposibilidad de su generación, deberá exponer de manera fundada y motivada las razones por las cuales no ejerció dichas facultades, competencias y funciones y finalmente la coherencia entre el sentido de la resolución emitidas por

este Pleno a efecto de hacer valer y no dejar entre dicho la autonomía de este Órgano Garante. Para que [REDACTED] pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, debería de entregársele la documentación que solicita y en su caso generarla o reponerla, toda vez, que deriva del ejercicio de las facultades, competencias y funciones de la Secretaría de Infraestructura, siendo coherente con lo ordenado en la resolución citada que es precedente, actuar como se propone en la resolución resulta una carga desproporcionada que limita su derecho, afecta el ejercicio de control popular de los actos de gobierno, debilita el debate público informado que, a la larga, sólo puede contribuir al fortalecimiento de la sociedad democrática.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)