

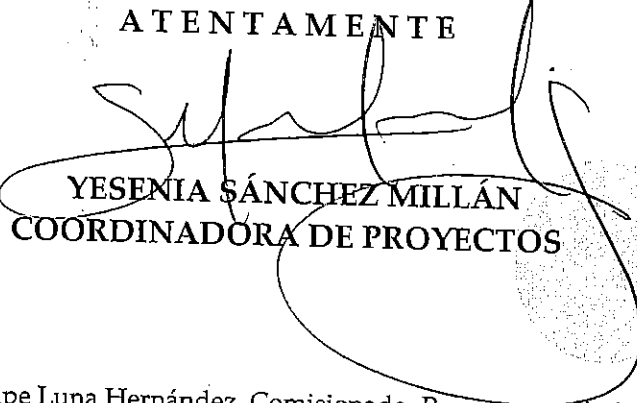
Memorándum no. INFOEM/COM-EAY/0484/2017
Metepec, Estado de México, 11 de septiembre de 2017

**MAESTRA
CATALINA CAMARILLO ROSAS
SECRETARIA TÉCNICA DEL PLENO
P R E S E N T E**

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, adjunto al presente se servirá encontrar el **voto particular** emitido por la Comisionada Eva Abaid Yapur, en la resolución de los recursos de revisión **1613/INFOEM/IP/RR/2017** al **1631/INFOEM/IP/RR/2017** y **1640/INFOEM/IP/RR/2017** acumulados, aprobada por el Pleno de este Instituto, en la trigésima segunda sesión ordinaria del seis de septiembre de dos mil diecisiete, para los efectos legales conducentes.

Sin más por el momento, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

ATENTAMENTE


**YESENIA SÁNCHEZ MILLÁN
COORDINADORA DE PROYECTOS**

C.c.p. Mtro. José Guadalupe Luna Hernández, Comisionado. Para su conocimiento

Archivo

ATU



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA 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 TRIGÉSIMA SEGUNDA SESIÓN ORDINARIA DE SEIS DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE, EN LOS RECURSOS DE REVISIÓN DEL 1613/INFOEM/IP/RR/2017 al 1631/INFOEM/IP/RR/2017 y 1640/INFOEM/IP/RR/2017 ACUMULADOS.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 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, la que suscribe EVA ABAID YAPUR emite VOTO PARTICULAR respecto de la resolución dictada en los recursos de revisión del 1613/INFOEM/IP/RR/2017 al 1631/INFOEM/IP/RR/2017 y 1640/INFOEM/IP/RR/2017 acumulados, pronunciada por el Pleno de este Instituto ante el proyecto presentado por el Comisionado JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ, que es del tenor siguiente.

Es de destacar, que la suscrita comparte esencialmente el estudio realizado en la resolución de los recursos de revisión; empero, considero necesario precisar algunas consideraciones de hecho y de derecho, tocante al sentido de la resolución correspondiente.

Al respecto, tal y como quedó debidamente asentado en la resolución materia del presente voto, el particular requirió del **SUJETO OBLIGADO**, información respecto del operativo Huixquilucan Seguro por el periodo de enero de 2016 a mayo de 2017, lo siguiente:

- *Días de la semana, lugar, fecha calendario, horario de inicio y fin en que se llevó a cabo*
- *Que funcionarios participaron en dicho operativo*
- *Cuántos vehículos y de que clase (particular o público) fueron entrevistados, así como cuántas mujeres y cuántos hombres y el rango aproximado de la edad de los mismos*
- *Recibo por concepto de pago de horas extra de los funcionarios que atendieron el operativo Huixquilucan Seguro*
- *Cuál es la temporalidad del Operativo Huixquilucan Seguro, así como la fundamentación y motivación de dicho plazo*

De las constancias que obran dentro del expediente electrónico del Sistema de Acceso a la Información Mexiquense en lo subsecuente el SAIMEX, que **EL SUJETO OBLIGADO**, en sus respuestas manifestó que turnó las solicitudes de información a la Secretaría Técnica del Consejo Municipal de Seguridad Pública, que conforme al Reglamento Orgánico de la Administración Pública Municipal de Huixquilucan, Estado de México 2016, es competente para dar contestación a dichos requerimientos, sin embargo, no proporcionó respuesta alguna a los mismos.

Atento a lo anterior, la Ponencia Resolutora determinó **MODIFICAR** la respuesta del **SUJETO OBLIGADO** y ordenar la entrega, vía SAIMEX y en versión pública de la información solicitada.

En ese sentido, la que suscribe reitera, que si bien coincide en términos generales con el estudio de la resolución en comento, difiero en primer término, respecto del pronunciamiento que se ordena al **SUJETO OBLIGADO**, que para el caso de no haberse generado la información del inciso e), se pronuncie de manera precisa y clara argumentando las razones que expliquen las causas por las que no cuente con la información requerida.

Al respecto, es menester remitirse al artículo 19 de la Ley de la materia que a la letra dice:

Artículo 19. 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.

En los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven tal circunstancia.

Si el sujeto obligado, en el ejercicio de sus atribuciones, debía generar, poseer o administrar la información, pero ésta no se encuentra, el Comité de transparencia deberá emitir un acuerdo de inexistencia, debidamente fundado y motivado, en el que detalle las razones del por qué no obra en sus archivos.

De lo anterior, el citado artículo señala que, se presume que la información existe en razón de las funciones del **SUJETO OBLIGADO**; dispuestas para este caso en la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado y Municipios; mismo que define lo correspondiente al horario y pago de horas extras de servidores públicos que hayan participado en el Operativo Huixquilucan Seguro, siendo de la siguiente manera:

ARTÍCULO 59. Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el servidor público está a disposición de la institución pública para prestar sus servicios. El horario de trabajo será determinado conforme a las necesidades del servicio de la institución pública o dependencia, de acuerdo a lo estipulado en las condiciones generales de trabajo, sin que exceda los máximos legales.

ARTÍCULO 60. La jornada de trabajo puede ser diurna, nocturna o mixta, conforme a lo siguiente:

- I. Diurna, la comprendida entre las seis y las veinte horas;
- II. Nocturna, la comprendida entre las veinte y las seis horas; y
- III. Mixta, la que comprenda períodos de tiempo de las jornadas diurna y nocturna, siempre que el período nocturno sea menor de tres horas y media, pues en caso contrario, se considerará como jornada nocturna.

ARTÍCULO 64. Cuando por circunstancias especiales deban aumentarse las horas de trabajo establecidas, éstas serán consideradas como extraordinarias y no deberán exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas en una semana, con excepción de lo señalado en la fracción I del artículo 57 de esta ley.

Las horas de trabajo extraordinarias se retribuirán con un cien por ciento más del sueldo que corresponda a las ordinarias, cuando no excedan de nueve. Las excedentes de nueve horas, se pagarán al doscientos por ciento más del sueldo que corresponda a las horas normales de su jornada.

Atento a lo anterior, se colige que dicha información no se configura como la que, por deber normativo conste en los archivos del **SUJETO OBLIGADO**, es decir, que si bien es cierto no existe pronunciamiento ni manifestación expresa del **SUJETO OBLIGADO** en el que niegue contar con la información; el ordenar un pronunciamiento por parte de éste, en el que se establezcan las causas por las que no se generó la información referente a los recibos por concepto de horas extra, implicaría afirmar que efectivamente **EL SUJETO OBLIGADO** cuenta con ellos, aun cuando del expediente no se advierte tal

circunstancia ni existen indicios tendientes a demostrar lo aseverado por la Ponencia Resolutora, ya que no se tiene certeza de que dicho Operativo lo realizaron servidores públicos fuera de su horario laboral y sólo cumpliéndose tal circunstancia es como pudieron autorizarse el pago de horas extra.

Ahora respecto a la información ordenada en el inciso f) de la resolución de mérito, es preciso señalar que la información ya había sido ordenada mediante el recurso de revisión 01641/INFOEM/IP/RR/2017.

En ese sentido, se estima que la Ponencia Resolutora debió considerar en la procedencia de los recursos de revisión una cuestión de previo y especial pronunciamiento, es decir, antes de haber al análisis del fondo, debió actualizarlo en alguno de los supuestos de procedencia, y, a su vez, que tampoco debiera actualizar los supuestos de improcedencia del mismo.

Lo anterior en virtud de que, el artículo 195 fracción I del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México, de aplicación supletoria, precisa que el recurso de revisión resulta improcedente en aquellos casos, en que se interponga el mismo en contra de actos que hayan sido impugnados en un recurso administrativo anterior, siempre que exista una resolución ejecutoria que decidiera el asunto planteado.

En esa tesitura, en los recursos de revisión de mérito se actualiza dicha hipótesis normativa, en razón de la falta de entrega de la información requerida, fue impugnada mediante el recurso de revisión 01641/INFOEM/IP/RR/2017, al cual recayó la resolución del Pleno de este Instituto en la Trigésima Sesión Ordinaria del 23 de agosto de 2017, resuelto en los siguientes términos:

SEGUNDO. Se ORDENA al Ayuntamiento de Huixquilucan, Sujeto Obligado, atienda la solicitud de información 00133/HUIXQUIL/1P/2017, mediante la entrega

Página 37 de 39

Recurso de Revisión: 01641/INFOEM/IP/RR/2017
Sujeto Obligado: Ayuntamiento de Huixquilucan
Comisionada Ponente: Josefina Román Vergara

vía SAIMEX, previa búsqueda exhaustiva y razonable, en términos del Considerando CUARTO de esta resolución, de:

- El (los) documento (s) donde conste (n) se pueda (n) advertir el fundamento jurídico, federal, estatal y municipal que sustente la creación y ejecución del *Operativo Huixquilucan Seguro*, así como la motivación para su permanencia.

Atento a dicha consideración, se advierte que los presentes recursos de revisión actualizan las hipótesis jurídicas, previstas en los artículos 195 fracción I y 196 fracción II del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México, de aplicación supletoria, en términos del artículo 195 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, los cuales se insertan a continuación:

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios

Artículo 195. En la tramitación del recurso de revisión se aplicarán supletoriamente las disposiciones contenidas en el Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México.

Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México
Artículo 195.- Es improcedente el recurso:

I. Contra actos que hayan sido impugnados en un anterior recurso administrativo o en un proceso jurisdiccional, siempre que exista resolución ejecutoria que decida el asunto planteado;

(Énfasis añadido)

De dichos preceptos se desprende que, el medio de controversia será improcedente cuando los actos ya hayan sido impugnados por el mismo Recurrente, en otro medio de defensa en que ya se haya dictado resolución ejecutoria que decida el fondo del asunto.

Al respecto, conviene hacer mención por analogía y de manera ilustrativa de lo que señala el artículo 1.205 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, que establece que hay cosa juzgada cuando la sentencia ha causado estado; en otras palabras, adquiere la calidad de cosa juzgada cuando el caso planteado en un proceso ha sido definitivamente resuelto en otro anterior mediante resolución firme, con lo cual se salvaguarda el principio de seguridad jurídica, que evita la interposición de recursos sucesivos sobre cuestiones que ya han sido resueltas.

De lo anterior se hace necesario citar en su literal el contenido de los artículos 1.206, 1.207 y 1.208 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México:

"Indiscutibilidad de la cosa juzgada"

Artículo 1.206.- La cosa juzgada es la sentencia que constituye verdad legal, contra ella no se admite recurso ni prueba que pueda discutirla, modificarla, revocarla o anularla, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Elementos de la cosa juzgada

Artículo 1.207.- Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que sea invocada, concurre identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes.

Identidad de personas en la cosa juzgada

Artículo 1.208.- Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo juicio, sean causahabientes de los que contendieron en el anterior o estén unidos a ellos por solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlos u obligación de satisfacerlas."

(Énfasis añadido)

Dentro de esta perspectiva y toda vez que quedo claro que cuando se habla de cosa juzgada exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material, sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior y, considerando que la *causa petendi o el petitum* de parte del acto impugnado en los recursos de revisión y en el 01641/INFOEM/IP/RR/2016, radica en la misma materia; con la única finalidad de que no exista invariabilidad de lo fallado en la resolución ejecutoriada, se estima necesario que debió aplicarse la casual de improcedencia del Código aplicado supletoriamente antes transcrito, a fin de que no se pronuncien resoluciones contradictorias que alteren la estabilidad y seguridad del goce de LA RECURRENTE, lo cual constituye un derecho humano consistente en la seguridad jurídica que se encuentra contenido en los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 25 numerales 1 y 2 de la Convención América de Derechos Humanos.

Sirve de sustento a lo anterior, la Tesis Aislada 1a. XCV/2016 (10a.) de la Décima Época de la Primera Sala de la suprema corte de Justicia de la Nación, que es del tenor literal siguiente:

COSA JUZGADA. EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN XI, DE LA LEY DE AMPARO QUE LA PREVÉ COMO CAUSA DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO RELATIVO, ES COMPATIBLE CON EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA. Conforme al precepto y porción normativa señalados, el principio de cosa juzgada opera en el juicio de amparo para actualizar una causa de improcedencia cuando existiendo una ejecutoria dictada en un juicio constitucional previo, se promueva uno nuevo en el que exista identidad de quejosos, autoridades responsables y actos reclamados, aunque las violaciones reclamadas

sean diversas; figura que no sólo se actualiza cuando en la sentencia se haya resuelto sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, sino también cuando se ha determinado su inatacabilidad a través de un diverso juicio constitucional, siempre que tal determinación se haya realizado en atención a razones o circunstancias que hagan inejercitable la acción de amparo de modo absoluto, con independencia del juicio en que se haya efectuado, pues esta situación no puede desconocerse en un nuevo juicio constitucional; lo que es compatible con la garantía de seguridad jurídica, pues el propósito de la figura de la cosa juzgada es revelar las condiciones terminantes en que habrá de concluir un asunto jurisdiccional, con lo que se dotará de certeza jurídica a la decisión definitiva asumida y a los intervinientes en el juicio respecto de las consecuencias derivadas del caso, toda vez que el respeto a la decisión judicial constituye un pilar del estado de derecho como fin último de la impartición de justicia.

(Énfasis añadido)

En consecuencia, con el fin de evitar la duplicidad de resoluciones sobre un mismo tema se estima procedente que la Ponencia Resolutora debió omitir el estudio de fondo, puesto que ya hubo pronunciamiento de este Pleno al respecto; máxime que una parte de la misma controversia no puede ser decidida más de una vez y tampoco puede estar, simultáneamente, pendiente más de una relación procesal entre las mismas personas acerca del mismo objeto.

Por otra parte, respecto de la temporalidad señalada para la información ordenada en el inciso b), la Ponencia Resolutora debió tener por colmada esta parte de la solicitud respecto al mes de mayo de 2017, en virtud de que mediante Informe Justificado al recurso de revisión 01613/INFOEM/IP/RR/2017 **EL SUJETO OBLIGADO** informó que en razón del proceso electoral llevado a cabo en el Estado de México para la elección de Gobernador, no hubo participación en el multicitado operativo, por ende, resulta inoperante el ordenar la información del mes de mayo de 2017 al ser un hecho negativo.

Así, si se considera el hecho negativo, es obvio que éste no puede fácticamente obrar en los archivos del Sujeto Obligado, ya que no puede probarse por ser lógica y materialmente imposible.

Asimismo, no se trata de un caso por el cual la negación del hecho implique la afirmación del mismo, simplemente se está ante una notoria y evidente inexistencia fáctica de la información solicitada.

Así, y de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios el Sujeto Obligado sólo proporcionará la información que obra en sus archivos, lo que a *contrario sensu* significa que no se está obligado a proporcionar lo que no obre en sus archivos; por ende, las razones o motivos de inconformidad al respecto devienen infundados.

Destacando entonces que el Pleno de este Organismo Garante, ha sostenido que ante presencia de un hecho negativo, resultaría innecesaria una declaratoria de inexistencia en términos de 19, 169 y 170 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, y ante un hecho negativo resultan aplicables las siguientes tesis:

HECHOS NEGATIVOS, NO SON SUSCEPTIBLES DE DEMOSTRACIÓN.

Tratándose de un hecho negativo, el Juez no tiene por que invocar prueba alguna de la que se desprenda, ya que es bien sabido que esta clase de hechos no son susceptibles de demostración.

Amparo en revisión 2022/61. José García Florín (Menor). 9 de octubre de 1961. Cinco votos. Ponente: José Rivera Pérez Campos."

Por último, la que suscribe, si bien coincide con las causas que dieron origen al recurso de revisión en comento, difiero respecto al hecho de que lo procedente sea **MODIFICAR** la respuesta del **SUJETO OBLIGADO**

Lo anterior es así, de conformidad con el artículo 186 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, el cual señala que las Resoluciones emitidas por este Órgano Garante podrán:

- I. Desechar o sobreseer el recurso;
- II. Confirmar la respuesta del sujeto obligado;
- III. Revocar o modificar la respuesta del sujeto obligado; y
- IV. Ordenar la entrega de la información.

En el caso particular de la fracción III y en relación a dichos sentidos, se procede a **REVOCAR** la respuesta de los Sujetos Obligados, cuando ésta no satisfaga en su **totalidad** la información requerida por los particulares; mientras que se procede a **MODIFICAR** la misma, en aquellos casos en que se colme **parcialmente** la solicitud de información, por mínima que pudiera resultar ésta.

Así en el presente caso, si bien en el estudio realizado por la Ponencia Resolutora, se precisa que **EL SUJETO OBLIGADO**, atendió las solicitudes de información del **RECURRENTE**, es de señalar que, no proporcionó información ni documentación

relacionada con la requerida por éste, razón por la cual, dicha respuesta no satisfizo ni total ni parcialmente la información requerida.

Atento a los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, la que suscribe emite **VOTO PARTICULAR**, puesto que la que suscribe estima que debieron haberse precisado las consideraciones expuestas en el presente voto, en atención a los principios que consagra el artículo 9 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

EVA ABAID YAPUR
COMISIONADA
(RÚBRICA)

Esta hoja corresponde al voto particular emitido en los recursos de revisión 1613/INFOEM/IP/RR/2017 al 1631/INFOEM/IP/RR/2017 y 1640/INFOEM/IP/RR/2017 acumulados, aprobado el seis de septiembre de dos mil diecisiete.

YSM/ATU