

Memorándum N° PRESIDENCIA/219/2017

Metepec, México; 18 de agosto de 2017

M. en D. Catalina Camarillo Rosas
Secretaria Técnica del Pleno del Infoem
Presente

Por instrucción de la Comisionada Presidenta Josefina Román Vergara, y con fundamento en el artículo 14, fracciones X y XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios; le remito, para los efectos a que haya lugar, el **voto particular** emitido por la Comisionada Presidenta Josefina Román Vergara, a la resolución dictada en el recurso de revisión número 01503/INFOEM/IP/RR/2017, aprobada por el Pleno de este Instituto en la Vigésima Novena Sesión Ordinaria de fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.

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

Atentamente

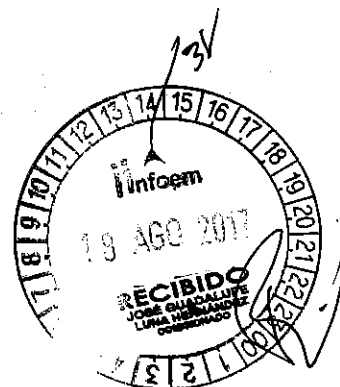


M. en D. Diana Griselda Luna Tamariz
Coordinadora de Proyectos

C.c.p. Mtro. José Guadalupe Luna Hernández. Comisionado. Para su conocimiento y efectos conducentes.
Minutario

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

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



Metepec, México; 16 de agosto de 2017

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA PRESIDENTA JOSEFINA ROMÁN VERGARA A 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 VIGÉSIMO NOVENA SESIÓN ORDINARIA DE FECHA DIECISÉIS DE AGOSTO DE DOS MIL DIECISIETE, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01503/INFOEM/IP/RR/2017.

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 Josefina Román Vergara emite **VOTO PARTICULAR** respecto a la resolución del recurso de revisión 01503/INFOEM/IP/RR/2017, presentada al Pleno de este Instituto por el Comisionado **José Guadalupe Luna Hernández**, en la Vigésimo Novena Sesión Ordinaria, de fecha dieciséis de agosto de dos mil diecisiete. Voto particular que es del tenor literal siguiente:

Es de destacar, que la suscrita coincide con el sentido en el que se resolvió el recurso de revisión por cuanto hace a Revocar la repuesta del Sujeto Obligado y ordenarle la entrega en versión pública y vía SAIMEX del expediente único completo del contrato:

“CAEM-DGIG-APAZU-012-12-CP. Construcción de Colectores para el Sistema de Saneamiento de Amecameca incluye Plantas de Bombeo y Cruzamientos, Cobertura Regional”; empero, es

necesario realizar algunas consideraciones de hecho y derecho por cuanto hace a los documentos cuya entrega se ordena:

Primeramente, es menester señalar que el Comisionado Ponente no analizó los supuestos en los que procede el pago de los derechos correspondientes de aquella documentación que se solicite en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, ya que ordenó la entrega de la totalidad de las documentales contenidas en el expediente vinculado con el contrato CAEM-DGIG-APAZU-012-12-CP, vía SAIMEX, sin haber considerado que dentro de dicho expediente pudieran existir documentales que no forme parte de la llamada información pública de oficio prevista en el artículo 12 de la abrogada Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

Así tenemos que, para que nazca la obligación del pago de un derecho debe darse el hecho generador de éste, el cual, en el caso que nos ocupa, es el servicio prestado por el Estado consistente en el escaneo y digitalización de la información, con lo que nace el vínculo jurídico entre éste y el particular, situación que no ocurre con la información que por mandato de ley se debe encontrar escaneada y digitalizada, pues en este caso el escaneo y digitalización se lleva a cabo previo a una solicitud de información y por ende, no existe ese vínculo que obliga al pago de un derecho.

En otras palabras, únicamente es procedente el pago de derechos respecto de la información que no deba encontrar previamente digitalizada (escaneada) al momento de que se realice la solicitud de información o bien, que no exista disposición legal que implique una obligación para el Sujeto Obligado de contar con la información digitalizada.

En este sentido, existen supuestos en los cuales los Sujetos Obligados deben contar con información en medio digital por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México y de ordenamientos específicos aplicables a cada caso; dicha normatividad puede indicar que la información deba encontrarse digitalizada o que deba ser preservada en medio magnético o electrónico, situación que denotaría que fácticamente en sus archivos.

Asimismo, existe información correspondiente a las obligaciones de transparencia comunes y específicas, como lo es parte de la correspondiente a la materia del presente asunto, que, por mandato de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y ordenamientos que de ellas emanan, los Sujetos Obligados deben tener disponible de manera permanente y actualizada de forma sencilla, precisa y entendible, en los respectivos medios electrónicos.

Así pues, se trata de supuestos en los que la información debe obrar en archivo electrónico y consecuentemente, no se pagarían los costos de reproducción correspondientes.

En tal caso, las versiones públicas del expediente relacionado con la información sobre los resultados sobre procedimientos de adjudicación directa, invitación restringida y licitación de cualquier naturaleza conforme a la Ley de Transparencia abrogada formaban parte de la información pública de oficio; precepto que para mayor ilustración se transcribe a continuación:

"Artículo 12.- Los Sujetos Obligados deberán tener disponible en medio impreso o electrónico, de manera permanente y actualizada, de forma sencilla, precisa y entendible para los particulares, la información siguiente:

...

III. Los programas anuales de obras y, en su caso, la información relativa a los procesos de licitación y contratación del área de su responsabilidad;"

(Énfasis añadido)

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que sí existen disposiciones que le señalan al Sujeto Obligado, de manera específica, que en el caso de un expediente, sea que deriven de una licitación pública, una adjudicación directa o invitación restringida, sea cual sea su naturaleza (obra en el presente asunto), deben poner a disposición de los medios electrónicos, la versión pública correspondiente, disponiendo además, de manera enunciativa más no limitativa, la documentación que pudiera integrar y, por ende, encontrarse en tal expediente.

Consecuentemente, respecto de aquellos documentos que se hubiesen generado cuando la abrogada Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios ¹, existe la obligación para que la CAEM tuviera publicada y actualizada en su versión pública dicha información conforme a los *Lineamientos por los que se establecen las Normas que habrán de observar los Sujetos Obligados en la Identificación, Publicación y Actualización de la Información Pública de Oficio determinada por el Capítulo I, del Título Tercero de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios*, al establecer las normas de observancia obligatoria para la identificación, publicación y

¹ Entró en vigor fue el uno de mayo de dos mil cuatro.

actualización de la llamada información pública de oficio (IPO), que señalan, en particular, respecto a esta fracción, la información que debía ser publicitada.

Empero, no debe perderse de vista de que dentro de los expedientes únicos de obra hay documentos públicos de los cuales no existe obligación para que los Sujetos Obligados la tuvieran digitalizada y con ello cumplir lo que mandata algún ordenamiento legal.

En esos casos, sí resulta procedente que los Sujetos Obligados requieran a los particulares que realicen el pago para obtener dicha información ésta, únicamente por la digitalización y escaneo, potestad se encuentra señalada tanto en los artículos 165 y 174 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios como en el artículo 148 del Código Financiero del Estado de México y Municipios; preceptos que para mayor ilustración se citan a continuación:

"Artículo 165. Los sujetos obligados establecerán la forma y términos en que darán trámite interno a las solicitudes en materia de acceso a la información.

La información que se entregue en versión pública, cuya modalidad de reproducción o envío tenga un costo, procederá una vez que se acredite el pago respectivo. No puede entenderse como reproducción la elaboración de la misma.

...

Capítulo II De las Cuotas

Artículo 174. En caso de existir costos para obtener la información deberán cubrirse de manera previa a la entrega y no podrán ser superiores a la suma de:

I. El costo de los materiales utilizados en la reproducción de la información;

II. El costo de envío, en su caso; y

III. El pago de la certificación de los documentos, cuando proceda.

Las cuotas de los derechos aplicables deberán establecerse, en su caso, en el Código Financiero del Estado de México y Municipios y demás disposiciones jurídicas aplicables, las cuales se publicarán en los sitios de internet de los sujetos obligados. En su determinación se deberá considerar que los montos permitan o faciliten el ejercicio del derecho de acceso a la información.

...

Artículo 175. La información que en términos de Ley deban publicar de manera obligatoria los sujetos obligados, o deba ser generada de manera electrónica, según lo dispongan las disposiciones legales o administrativas no podrá tener ningún costo, incluyendo aquella que se hubiera digitalizado previamente por cualquier motivo, en aquellos casos en que la modalidad de entrega sea por medio de la plataforma o vía electrónica.

En ningún caso, el pago de derechos deberá exceder el costo de reproducción de la información en el material solicitado. Los ajustes razonables que se realicen para el acceso de la información de solicitantes con discapacidad serán sin costo para los mismos. "

Artículo 148.- Por la expedición de documentos solicitados en el ejercicio del derecho a la información pública, se pagarán los derechos conforme a la siguiente:

TARIFA

CONCEPTO	NÚMERO DE VECES EL VALOR DIARIO DE LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN VIGENTE
I. Por la expedición de copias simples:	
A). Por la primera hoja.	0.224
B). Por cada hoja subsecuente.	0.016
II. Por la expedición de copias certificadas:	
A). Por la primera hoja.	0.850
B). Por cada hoja subsecuente.	0.417
III. Por la expedición de información en medios magnéticos.	0.224
IV. Para la expedición de información en disco compacto por cada disco.	0.336
V. Por el escaneo y digitalización de documentos.	0.008

Para los supuestos establecidos en las fracciones III y IV, el solicitante podrá proporcionar a la autoridad municipal, el medio en el que requiera le sea entregada la información pública, en cuyo caso no habrá costo que cubrir.

Es así, que en el caso específico puede ser que dentro de las documentales que conforman el expediente único de obra, materia de la solicitud de información número 00117/CAEM/IP/2017, existan documentales que no formen parte de aquellas vinculadas con la información pública de oficio y, por ende, que el Sujeto Obligado no las hubiese tenido digitalizadas, sí procede requerir al particular lleve a cabo el pago de los derechos correspondientes conforme a la normatividad ya señalada; situación que el Comisionado Ponente no analizó en el recurso de revisión del cual se emite el presente voto particular.

En otra tesitura, es menester indicar que el Comisionado Ponente omitió realizar un análisis de la documentación que integra el expediente único de obra que derive de un proceso de licitación, adjudicación o invitación restringida; el cual se debe conformar en estricta observancia al Acuerdo del Secretario del Agua y Obra Pública por el que se establecen los índices de expedientes únicos de obra pública e instructivos de llenado en las modalidades de adjudicación directa, invitación restringida y licitación pública.²

Conforme a ello, se destaca que cada expediente de obra, de acuerdo con el procedimiento de adjudicación por el cual se hubiese determinado a una empresa su realización se integra de diversos documentos, tales como el proyecto ejecutivo, el cual, se integra, entre otros documentos, de los planos de la obra (arquitectónico, estructural y/o de detalle).

² Publicado en el Periódico Oficial "Gaceta del Gobierno" de fecha 1 de octubre de 2008.

Empero, aún y cuando los planos correspondan a obras públicas éstos constituyen creaciones originales susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en distintos medios, que de acuerdo con su propia y especial naturaleza tienen el carácter de privados, y que, además, sus creadores cuentan con los derechos reconocidos en la Ley Federal del Derecho de Autor.

Esto es así, ya que los planos son considerados como documentos, cuya utilización indebida puede dar origen a un grave riesgo, por lo que de ser proporcionados, se estarían transgrediendo principios de la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, ya que se insiste, esos documentos pueden ser objeto de imitación o falsificación, situación que transgrede el derecho de autor de la persona que los elabora.

Lo anterior es así, puesto que los planos estructurales, arquitectónicos o aquellos que formen parte del expediente único de obra, a los cuáles pretende acceso el solicitante, son documentos que constituyen creaciones originales susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en distintos medios; documentos que por su propia y especial naturaleza tienen el carácter de privados, máxime que el derecho mexicano les otorgan una protección especial.

Al respecto, es de señalarse que la Ley Federal del Derecho de Autor tiene por objeto la protección de los derechos de los autores, de los artistas, intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias, artísticas o científicas, en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual.

Así mismo, el artículo 11 de dicha legislación federal, determina que el derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial; los primeros integran por el llamado derecho moral y los segundos por el patrimonial.

Por su parte, los artículos 12 y 13, fracción VIII de la Ley Federal, establecen que el Autor es la persona física que ha creado una obra literaria, artística o científica y que los derechos de autor se reconocen respecto de las obras arquitectónicas.

En ese sentido, el titular de los derechos patrimoniales prevé, de manera libre, transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas³, además, toda transmisión de derechos patrimoniales del autor será onerosa y temporal. Si existe ausencia de acuerdo sobre el monto de la remuneración o del procedimiento para fijarla, así como sobre los términos para su pago, la determinarán los tribunales competentes, por lo que surtan efectos frente a terceros, deberán inscribirse en el Registro Público del Derecho de Autor del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Por otro lado, existe la posibilidad de que los titulares de los derechos patrimoniales de autor puedan exigir una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización.⁴

Ahora bien, la citada legislación autoral permite la posibilidad de que una obra sea realizada por encargo cuando, mediante un contrato, una de las partes (encargado o comisionado) se

³ Cfr. Artículos 30 y 32 de la Ley Federal del Derecho de Autor

⁴ Cfr. Artículo 40 de la Ley Federal del Derecho de Autor

obliga a realizar una obra y a entregarla a quien la encarga (comitente), a cambio del pago de un precio, situación que debe plasmarse por escrito.

El Comitente podrá divulgar la obra sin autorización del comisionado o encargado, pero no al contrario. A falta de contrato individual de trabajo por escrito, los derechos patrimoniales corresponderán al comisionado o encargado.⁵

Finalmente, el artículo 92 de la Ley Federal del Derecho de Autor, establece que, salvo pacto en contrario, el autor de una obra de arquitectura no podrá impedir que el propietario de ésta le haga modificaciones, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.

Aunado a lo anterior, los artículos 5.10 y 5.19 del Código Civil del Estado de México establecen que los bienes pueden ser de dominio del poder público o de propiedad de los particulares; en este supuesto, los bienes les pertenecen legalmente a particulares; por lo que, no puede aprovecharse ninguno sin su consentimiento o autorización de la ley.

Por todo lo antes expuesto, esta ponencia concluye que los planos estructurales y arquitectónicos, o aquellos que formen parte del expediente único de obra, no son documentos públicos; sino por el contrario se trata de documentales cuya propiedad corresponde a sus titulares patrimoniales o autores, según sea el caso; tan es así que, pueden ser susceptibles de ser protegidos por la legislación de derechos de autor vigente; en términos de su artículo 5, así, para su acceso, forzosamente debe requerirse la acreditación

⁵ Cfr. Artículo 83 de la Ley Federal del Derecho de Autor

de un interés jurídico, no así, la tramitación de un procedimiento de acceso a la información pública.

Por consiguiente, resulta evidente que los planos estructurales, arquitectónicos, o los que forman parte del expediente único de obra, solicitados por el recurrente, constituyen información de índole personal, la cual tiene carácter de confidencial, por lo tanto se ubican en las hipótesis de clasificación de la información y se debe atender a lo que disponen los artículos 122, 130, 131, 143, fracción I, 147 y 149 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, cuyo contenido es de la literalidad siguiente:

*“Artículo 122. La clasificación es el proceso mediante el cual el sujeto obligado determina que la información en su poder actualiza alguno de los supuestos de reserva o **confidencialidad**, de conformidad con lo dispuesto en el presente título.*

*Los supuestos de reserva o **confidencialidad** previstos en las leyes deberán ser acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en la Ley General y, en ningún caso, podrán contravenirla.*

Los titulares de las áreas de los sujetos obligados serán los responsables de clasificar la información, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.

*Artículo 130. Los sujetos obligados deberán aplicar, de manera restrictiva y limitada, las excepciones al derecho de acceso a la información y sólo podrán invocarlas cuando acrediten su procedencia, sin ampliar las excepciones o supuestos de reserva o **confidencialidad** previstos en la Ley General y la presente Ley, aduciendo analogía o mayoría de razón.*

Artículo 131. La carga de la prueba para justificar toda negativa de acceso a la información, por actualizarse cualquiera de los supuestos de clasificación previstos en esta Ley corresponderá a los sujetos obligados; en tal caso deberá fundar y motivar debidamente la clasificación de la información, de conformidad con lo previsto en la presente Ley.

Artículo 143. Para los efectos de esta Ley se considera información confidencial, la clasificada como tal, de manera permanente, por su naturaleza, cuando:

- I. Se refiera a la información privada y los datos personales concernientes a una persona física o jurídico colectiva identificada o identificable;

...

Artículo 147. Para que los sujetos obligados puedan permitir el acceso a información confidencial requieren obtener el consentimiento de los particulares titulares de la información.

Artículo 149. El acuerdo que clasifique la información como confidencial deberá contener un razonamiento lógico en el que demuestre que la información se encuentra en alguna o algunas de las hipótesis previstas en la presente Ley."

(Énfasis añadido)

Es decir, el Sujeto Obligado deberá de clasificar como confidencial de forma total la información solicitada –planos-, en el cual deberá motivar la clasificación de la información, debiendo realizar el Acuerdo por el que se clasifique la información, un razonamiento lógico en el que demuestre que la información se encuentra en alguna o algunas de las hipótesis previstas en la Ley de la Materia, emitido por su Comité de Transparencia.

En suma de lo expuesto, este Instituto concluye que los planos estructural y arquitectónico, no son de acceso público, ni que el procedimiento de acceso a la información pública, sea la vía para su obtención, por lo que deben ser clasificados como confidenciales en términos de lo dispuesto tanto en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, como en los Lineamientos Generales en Materia de Clasificación y Desclasificación de la Información, así como para

la elaboración de Versiones Públicas⁶, situación que, debió haber considerado el Comisionado Ponente en la resolución a la cual se emite el presente voto particular, y por ende, ordenar la emisión por parte del Comité de Transparencia del Sujeto Obligado del acuerdo que clasificara como confidencial dicha información.

Conforme a lo expuesto, es menester indicar que el Pleno de este Instituto debe garantizar tanto el derecho de acceso a la información pública como el derecho a la protección de los datos personales, por lo que las resoluciones que emita deben cumplir con el principio de exhaustividad, analizando aquellos casos en los cuales procede requerir el pago de los derechos correspondientes conforme a la normatividad aplicable; así como de aquellos casos en los que no procede ordenar la entrega de información, por encontrarse en alguno de los supuestos de excepción previstos en los artículos 91 y 130 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

Josefina Román Vergara
Comisionada Presidenta
(Rúbrica)

Esta hoja corresponde al voto particular emitido en el recurso de revisión 01503/INFOEM/IP/RR/2017 aprobado en la Vigésimo Novena Sesión Ordinaria del Pleno de fecha dieciséis de agosto de dos mil diecisiete.
DGLT/GRR

⁶ Aprobados mediante Acuerdo del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, publicados en el Diario Oficial de la Federación el quince abril de dos mil dieciséis.