

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 00444/INFOEM/IP/RR/2017.

Líneas argumentativas:

Para tener por validado el pronunciamiento simple del Sujeto Obligado, deberá estar debidamente consolidada la falta de facultades, competencias y funciones en los ordenamientos jurídicos aplicables que rigen a los Sujetos Obligados.

Para elaborar un acuerdo de inexistencia de la información se debe determinar con claridad los motivos, razones y circunstancias por los cuales no se cuenta con la información pese a que no se hayan ejercidos las facultades, competencias o funciones, comprobar que efectivamente se configure la misma en términos del artículo 19 de la ley en la materia.

I. Consideraciones Generales

1. 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 Décima Quinta Sesión Ordinaria del día veintiséis (26) de abril del año en curso, en el recurso de revisión interpuesto por [REDACTED] en contra de la respuesta del Instituto de Salud del Estado de México, procedimiento que le fue asignado el número de expediente 00444/INFOEM/IP/RR/2017.
2. La resolución determina revocar la respuesta del **SUJETO OBLIGADO** por lo que resultan fundados los motivos de inconformidad de [REDACTED] por los motivos y fundamentos señalados en el Considerando **CUARTO**.
3. Estando de acuerdo con la resolución formulada por el comisionado ponente, mi voto particular se deriva del simple pronunciamiento que el **SUJETO OBLIGADO** deberá de emitir para el caso de que no posea la información, bastará que lo manifieste, al momento de dar cumplimiento.
4. Es importante señalar que el particular requirió la relación de todos los Medicamentos facturados por el ISEM (IS_EDO_MEXICO) en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2015 de los siguientes procedimientos: NUMERO

PROCEDIMIENTO DE COMPRA 44064003-033-15 44064003-033-2015 IR-RE-015-2015 LA-019GYR047-I79-2014 LA-019GYR047-N59-2014 LA-019GYR047-T58-2014 LA-019GYR047-T60-2014 LA-019GYR047-T72-2014 OA-019GYR047-N61-2014 OA-019GYR047-N62-2014 OA-019GYR047-T63-2014 OA-019GYR047-T64-2014 OA-019GYR047-T65-2014 OA-019GYR047-T66-2014 OA-019GYR047-T67-2014 OA-019GYR047-T86-2014 SA-019GYR047-I77-2014 SA-019GYR047-I89-2014 Con el siguiente detalle de información: Mes de Compra, Clave Cuadro Básico y diferencial, descripción completa y clara del medicamento, número de piezas, precio por pieza, importe, proveedor (o distribuidor) que vendió el medicamento, procedimiento de compra por el cual fue adquirido (Licitación, Adjudicación Directa o Invitación Restringida según corresponda), número del procedimiento de compra y número de contrato o factura; posterior a la solicitud, el **SUJETO OBLIGADO**, hizo del conocimiento a través del Departamento de Control de Abasto un listado del medicamento que fue adquirido el cual tiene los siguientes rubros; orden de reposición, proveedor, fecha cap., fecha entrega, fecha ingreso, clave, cant. solicitada, cant. recibida, diferencia, precio con IVA, convocatoria y origen, en donde se aprecia nombre de los proveedores, fechas, precios, convocatorias y origen.

5. 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 el presente voto particular.

6. Como ya se ha mencionado, el particular solicitó la relación de todos los Medicamentos facturados por el ISEM (IS_EDO_MEXICO), tal como se señala en líneas anteriores; teniendo como respuesta por parte del Sujeto Obligado a través del Servidor Público Habilitado del Departamento de Control de Abasto un listado del medicamento que fue adquirido el cual tiene los siguientes rubros; orden de reposición, proveedor, fecha cap., fecha entrega, fecha ingreso, clave, cant. solicitada, cant. recibida, diferencia, precio con IVA, convocatoria y origen, en donde se aprecia nombre de los proveedores, fechas, precios, convocatorias y origen.

7. No obstante lo anterior, se aprecia en las documentales que integran el expediente del recurso de revisión al rubro indicado que el Sujeto Obligado en fecha catorce de marzo de la presente anualidad remitió a través del SAIMEX el archivo "oficio 580.PDF", consisten en el oficio número 2171310500/0580/2017, en donde manifiesta que se cometió un error en el envío de la información primaria, y por ello se remite la información correcta, en una segunda hoja, del mismo archivo se aprecia un informe de correo electrónico en donde se precisa que el archivo que se envió como respuesta era incorrecto, y que esta vez se adjuntaba el correcto, diciendo que respeto a la convocatoria "LA-019GYR047-T58-2014" no se había realizado compra de medicamentos para 2015.

8. Por lo que respecta al análisis que realizó el ponente en razón a la fuente de atribución con la que cuenta el Sujeto Obligado para realizar la adquisición de medicamento según el artículo 16 fracción VII del Reglamento Interno del mismo Instituto que a la letra establece:

"Artículo 16.- Corresponde al Coordinador de Salud:
(...)

VII. Emitir dictámenes técnicos para la adquisición de insumos y servicios subrogados del área de salud. (...)"

9. Como una de las atribuciones que tiene el Coordinador de salud, es la emisión de dictámenes para la adquisición de insumos, para beneficio del área de salud, es decir, el coordinador mediante sus facultades se encargará de planear, coordinar, ejecutar y evaluar los servicios de salud pública y atención médica, de conformidad con las leyes, reglamentos y demás disposiciones aplicables en la materia, es por ello que dentro de lo anteriormente dicho, cabe resaltar que por parte del Sujeto Obligado y del personal que hace que funcione el Instituto, está la posibilidad de hacer adquisiciones.

10. La estructura interna del Sujeto Obligado, contenida en el Reglamento anteriormente citado, hace mención que las coordinaciones coadyuvan al buen funcionamiento y realización de los objetivos del Instituto, es por ello, que se analiza que coordinaciones en su caso podrían tener el tema de las compras o

adquisiciones, y nos dice el artículo 30 en sus fracciones VIII, IX, XI, XII y XIV lo siguiente:

"Artículo 30.- Corresponde a la Coordinación de Administración y Finanzas:

(...)

VIII. Emitir las convocatorias y bases que sustancien los procedimientos de adquisiciones y contratación de servicios del Instituto.

IX. Coordinar la integración de los programas anuales de adquisiciones, contratación de servicios y obra pública, con la participación que corresponda a las unidades administrativas del Instituto.

(...)

XI. Vigilar de manera conjunta con la Unidad Jurídico Consultiva y la Dirección de Administración, que los contratos y convenios en materia de adquisición de bienes, contratación de servicios, arrendamientos, ejecución de obra pública y servicios relacionados con la misma que celebre el Instituto, se elaboren en los plazos y forma establecidos en la normatividad aplicable.

XII. Suscribir, con la participación que corresponda a la Unidad Jurídico Consultiva y la Dirección de Administración, los contratos y convenios en materia de adquisición de bienes, contratación de servicios, arrendamientos, ejecución de obra pública y servicios relacionados con la misma que celebre el Instituto, en los plazos y forma establecidos en la normatividad jurídica y administrativa aplicable,

(...)

XIV. Vigilar y dar seguimiento a los contratos y convenios en materia de adquisición de bienes, contratación de servicios, arrendamientos, ejecución de obra y servicios relacionados con la misma que celebre el Instituto, manteniendo informado al Director General del seguimiento de dichas acciones. (...)"

11. Del precepto señalado anteriormente se tiene, que la Coordinación de Administración y Finanzas, tendrá a su cargo la emisión de bases y convocatorias para las adquisiciones del Instituto, en otras palabras, esta coordinación fijará los requisitos indispensables y sine qua non, por los cuales los participantes tendrán que cumplir, para que en su caso puedan participar en dichas convocatorias, esto nos dice entonces que estos procesos que se realizan por parte del instituto y de los cuales se deduce, tiene cada año procesos de adquisición de varios bienes entre ellos, de medicamentos.

12. No solo emiten las bases sino también tienen otra parte importante, que es la vigilancia junto con otra área, la área jurídica, que ambas deberán estar pendientes del seguimiento de lo que ellos mismos emitieron, para que en ninguna circunstancia se trasgredan o afecten los intereses del Sujeto Obligado.

13. Siguiendo en este mismo orden de ideas, tenemos también al artículo 36 en sus fracciones IV, VI, VIII, del mismo ordenamiento ya citado con antelación, que nos dice lo siguiente:

"Artículo 36.- Corresponde a la Dirección de Administración: (...)

IV. Suscribir previo dictamen de la Unidad Jurídico Consultiva, los contratos, convenios, acuerdos y todo tipo de documentos en materia de adquisición de bienes, servicios, arrendamientos, ejecución de obra pública y servicios relacionados con la misma que celebre el Instituto, en los plazos y forma establecidos en la normatividad aplicable.

(...)

VI. Vigilar el cumplimiento de las cláusulas estipuladas en contratos y convenios en materia de adquisición de bienes, contratación de servicios, arrendamientos, ejecución de obra pública y servicios relacionados con la misma que celebre el Instituto, manteniendo informado al Coordinador de Administración y Finanzas de dichas acciones.

(...)

VIII. Coordinar y vigilar el desarrollo de los procedimientos licitatorios para la adquisición de bienes y contratación de servicios, de conformidad con las modalidades establecidas por la normatividad en la materia (...)"

14. El precepto anterior nos confirma que otra dependencia del Sujeto Obligado, tiene las facultades en materia de adquisición, que es de lo que ha versado este estudio, donde ésta dependencia en su momento puede poseer la información solicitada por parte recurrente, es por ello que se evoca este artículo y se hace ver como las dependencias internamente colaboran con el tema de las adquisiciones, y que en su caso el Sujeto Obligado deberá requerir.

15. Otra dependencia dentro del Instituto de Salud, a la que se le puede solicitar la información también, es la Subdirección de Recursos Materiales, dado que es participe en los procesos de adquisiciones, el artículo en donde se estipulan es el 39 en sus fracciones I, II y IV, del mismo Reglamento que a la letra dice:

"Artículo 39.-Corresponde a la Subdirección de Recursos Materiales:

I. Integrar y ejecutar, en coordinación con las unidades administrativas y médicas correspondientes, el programa anual de adquisiciones del Instituto considerando el presupuesto aprobado y los objetivos y metas establecidas.

II. Supervisar, dirigir y controlar los procedimientos de adquisición de bienes y contratación de servicios que originen y requieran las unidades administrativas del Instituto para el desarrollo de sus funciones.

(...)

IV. Presentar al Comité de Adquisiciones y Servicios las propuestas de adquisición de bienes y contratación de servicios para efectos de su resolución.

(...)"

16. Esta dependencia, ya se ha visto con las anteriores, también es quien coadyuva en las adquisiciones y se refiere a ellas puesto que pueden poseer la información que el recurrente solicita, para así satisfacer el derecho de acceso a la información, atendiendo también a los principios de certeza, eficacia, máxima publicidad y transparencia.

17. Se tiene también, el Manual de organización del Instituto de Salud de Estado de México, en donde nos dice en su apartado 2 I 7B32202 lo siguiente:

"2 I 7B32202 DEPARTAMENTO DE ADQUISICIONES

OBJETIVO:

Operar el programa anual de adquisiciones, así como invitar a los oferentes a participar con sus cotizaciones en los procesos de invitación restringida, adjudicación directa y órdenes de compra, para la adquisición de insumos y contratación de servicios que requieran las unidades aplicativas.

FUNCIONES:

(...)

Recibir, archivar, controlar y custodiar la documentación técnica y económica requerida para la compra de insumos y contratación de servicios por invitación restringida, adjudicación directa y órdenes de compra que convoque el Instituto.

(...)"

18. Una de las funciones primordiales del Departamento de Adquisiciones del Sujeto Obligado, además de ejecutar las acciones que le encomiende el Comité de Adquisiciones, será archivar, cuidar y custodiar la información derivada de los procesos adquisitivos en cuestión de insumos, se señala explícitamente en el precepto que antecede, en las diferentes modalidades de adquisición, por eso se menciona lo anterior, dado que en los archivos del Instituto específicamente del departamento antes mencionado, podrá obrar la información que solicitó el recurrente.

19. También la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios, menciona los tipos de adquisiciones en las modalidades que se pueden obtener, y que el Sujeto Obligado en mención, puede realizar, como lo ha señalado en recurrente, se estipula en el artículo 26 y 27 de dicha Ley lo siguiente:

"Artículo 26.- Las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicarán a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública.

Artículo 27.- La Secretaría, las entidades, los tribunales administrativos y los ayuntamientos podrán adjudicar adquisiciones, arrendamientos y servicios, mediante las excepciones al procedimiento de licitación que a continuación se señalan:

I. Invitación restringida.

II. Adjudicación directa."

20. Lo anterior debido a que el Sujeto Obligado, como ya se aludió puede hacer adquisiciones con las modalidades que se mencionan en el artículo anterior, y es así, que cada una de las dependencias y organismos que ya se mencionaron, auxilian al funcionamiento del mismo, tienen relación con éste, y a su vez pueden poseer la información.

21. Por lo vertido con anterioridad, el Sujeto Obligado tiene las atribuciones para realizar las compras de medicamento necesarias, como insumos para sus diferentes funciones,

22. Por lo anteriormente expuesto queda demostrado que efectivamente el Sujeto Obligado cuenta con las facultades, competencia y funciones para efectos de

generar, poseer y administrar la información solicitada, por lo tanto no puede tomarse como válido el simple pronunciamiento del **SUJETO OBLIGADO** sino es deberá de realizar su respectivo acuerdo de inexistencia.

23. Dicho acuerdo de inexistencia de la información este deberá atender las formalidades que establece el fundamento jurídico plasmado en el artículo 19 de la ley de la materia y que es del tenor literal siguiente:

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. (Énfasis añadido)

24. Por lo que de ser el caso que dicha información no haya sido generada el **SUJETO OBLIGADO** deberá de manifestar, de manera precisa y clara, las razones que expliquen las causas por las que no se haya generado la información requerida en el presente asunto.

25. Es obligación de los Sujetos Obligados documentar todo acto derivado de las atribuciones y funciones de las autoridades es uno de los mecanismos necesarios para garantizar el adecuado ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información. Adicionalmente, la obligación de documentar la acción gubernamental no solo se vincula con la plena satisfacción de este derecho, sino también permite hacer más eficiente la gestión pública y mejorar la toma de decisiones, creando un canal de comunicación entre los particulares y las autoridades. Toda vez que es una obligación de las autoridades registrar las actividades que desempeñen en el ejercicio de sus funciones, surge la idea de la presunción de la existencia de la información, por lo que ha quedado establecido que se debe asumir que la información existe si ésta debió documentar alguna de las facultades o atribuciones de los sujetos obligados.

26. En los casos en que la información que el particular solicitó sea inexistente, se deberá de señalar detalladamente las circunstancias que generaron la inexistencia de la información, de manera que la autoridad no puede únicamente informar al solicitante sobre la inexistencia de determinada información, sino que debe hacerse todo lo necesario para satisfacer el derecho reclamado por el particular.

27. Por lo anterior, si la autoridad ha incumplido con su obligación al no haber documentado sus acciones, tal omisión no puede tener como resultado el simple

reconocimiento de la falta, sino por el contrario, en estos casos las autoridades deberán fundar y motivar las razones por las que no cuentan con la información (ya sea porque no realizaron dichos actos).

28. Formalmente, "la obligación de fundar y motivar de las autoridades consiste en citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, así como explicar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto y la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

29. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro que el Estado es quien tiene la carga de la prueba para demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas sobre libertad de expresión.

30. Así también lo ha afirmado el Comité Jurídico Interamericano en su resolución sobre los "Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información", al establecer que, "la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada".

31. Cuando la negativa de la información verse sobre la inexistencia de la información se deberá de generar condiciones de equilibrio entre los particulares

y los sujetos obligados, para evitar la actuación discrecional y arbitraria de la autoridad competente y no hacer un pronunciamiento simple de la inexistencia.

32. En vista de lo anterior es que considero que, en efecto, en el caso en particular resulta evidente que el pronunciamiento simple no es suficiente para dejar por satisfecho el derecho de acceso a la información, ya que este tiene como limitante conocer las causas, razones y circunstancias por las cuales el SUJETO OBLIGADO dejó de ejercer sus facultades, competencias y funciones, lo anterior, para que en un futuro se considere analizar con mayor profundidad los acuerdos de inexistencia ante el pronunciamiento simple emitidos por los SUJETOS OBLIGADOS.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

MSA