

"2018. Año del Bicentenario del Natalicio de Ignacio Ramírez Calzada, El Nigromante"

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/031/2018

Metepec, Estado de México a 29 de enero de 2018

**MAESTRA CATALINA CAMARILLO ROSAS
SECRETARIA TÉCNICA DEL PLENO
PRESENTE**

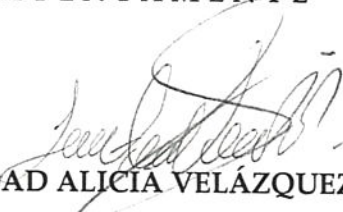
De conformidad con los artículos 14, fracciones X y XI y 16, fracción X, del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, le hago llegar el **voto particular** del Comisionado José Guadalupe Luna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

- 02701/INFOEM/IP/RR/2017– Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios.

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 envió un cordial saludo.

ATENTAMENTE


**LIC. SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE PAZ
COORDINADORA DE PROYECTOS**



c.c.p .Maestra Zulema Martínez Sánchez. Comisionada Presidenta. Para su conocimiento.

**Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios**
Teléfono: (722) 2 26 19 80 * Centro de atención telefónica: 01 800 821 04 41

Pino Suárez S/N, actualmente Carretera Toluca-Ixtapan No. 111,
Col. La Michoacana, Metepec, Estado de México, C.P. 52166

www.infoem.org.mx

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 2701/INFOEM/IP/RR/2017.

Líneas argumentativas:

1. El hablar de información inexistente implica la alta responsabilidad de explicar a la ciudadanía el motivo, causa o circunstancia del por qué el ente público que tiene la facultad y el deber de generar, poseer o administrar su información pública no la tiene.
2. El Comité de Transparencia tiene el deber de emitir un Acuerdo de Inexistencia, el cual, se dicta en aquellos supuestos en los que si bien la información solicitada la genera, posee o administra el **SUJETO OBLIGADO** en el marco de las funciones de derecho público; sin embargo, éste no lo posee deberá expresar las razones a través de un acuerdo debidamente fundado y motivado.

Índice

I. Consideraciones Generales	2
II. De las Atribuciones y Funciones de la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia ..	3
III. Del Acuerdo de Inexistencia	7

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, de fecha veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho en la tercera sesión ordinaria, en el recurso de revisión promovido por _____ en contra de la respuesta del **Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios**, procedimiento al que se le asignó el número de expediente **2701/INFOEM/IP/RR/2017**.
4. La resolución declara infundadas las razones o motivos de inconformidad hechas valer por la parte recurrente _____ y confirma la respuesta de la **Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios**.
5. Mi voto particular se deriva de un aspecto contenido en el Considerando 4, que en la resolución no se determinó ordenar una búsqueda exhaustiva de la información, derivado de las facultades expresas que se tienen para el debido cumplimiento de las resoluciones emitidas por el Pleno del Instituto, por parte del órgano de control, que lo es, la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia; ya que para el caso en particular, si procedería su búsqueda y si 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, y si no sucede así, implica el riesgo de que no se dé por satisfecho el acceso a la Información del particular por no dar la certeza al acto atribuible.

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 las Atribuciones y Funciones de la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios.

7. En primer término es de señalar que el **SUJETO OBLIGADO** para responder a la solicitud de información adjunto los archivos electrónicos denominados, **RESPUESTA 1347-2017 UT.pdf** Oficio número INFOEM/UT/804/2017, signado por el Titular de la Unidad de Transparencia, a través del cual dio respuesta al particular y **RESPUESTA 1347-2017 CIOCV.pdf**. Memorandum número INFOEM/CI-OCV/1391/2017, signado por el Servidor Público Habilitado de la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia del INFOEM, a través de cual informó respecto de la solicitud de información que después de realizar una búsqueda exhaustiva y razonable en sus archivos, no ha emitido por el momento sanción alguna contra servidores públicos del Ayuntamiento de Chicoloapan

8. Sin embargo, de distintos ordenamientos jurídicos se advierten las responsabilidades y obligaciones que tiene el **SUJETO OBLIGADO** para generar, administrar y poseer la información solicitada por el particular:

**LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN
PÚBLICA DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS**

Artículo 200. El Instituto deberá pronunciarse, en un plazo no mayor a cinco días hábiles, sobre todas las causas que el recurrente manifieste así como del resultado de la verificación realizada. Si el Instituto considera que se dio cumplimiento a la resolución, emitirá un acuerdo de cumplimiento y se ordenará el archivo del expediente. En caso contrario, el Instituto:

- I. Emitirá un acuerdo de incumplimiento;*
- II. Notificará al superior jerárquico del responsable de dar cumplimiento, para el efecto de que, en un plazo no mayor a cinco días hábiles, se dé cumplimiento a la resolución, bajo el apercibimiento que de no demostrar que dio la orden, se le impondrá a su titular una medida de apremio en los términos señalados en esta Ley, además de que incurrirá en las mismas responsabilidades del servidor público inferior; y*
- III. Determinará las medidas de apremio o sanciones, según corresponda, que deberán imponerse o las acciones procedentes que deberán aplicarse, de conformidad con lo señalado en el siguiente Título.*

El servidor público requerido como superior jerárquico incurre en responsabilidad por falta de cumplimiento de la resolución, en los mismos términos en que incurrió el servidor público originalmente obligado.

Todos los servidores públicos que tengan o deban tener intervención en el cumplimiento de la resolución, están obligados a realizar, dentro del ámbito de su competencia, los actos necesarios para su eficaz cumplimiento y estarán sujetos a las mismas responsabilidades a que alude esta Ley.

Artículo 201. El acatamiento extemporáneo de la resolución del recurso de revisión, si es injustificado, no exime de responsabilidad a los servidores públicos que resulten responsables ni, en su caso, a su superior jerárquico, pero se tomará en consideración como atenuante al imponer la sanción administrativa o penal, que llegara a corresponder..”

REGLAMENTO INTERIOR

De la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia

Artículo 25. *Corresponde a la Contraloría Interna y Órgano de Vigilancia ejercer las atribuciones siguientes:*

...

XIX. *Vigilar el cumplimiento que los Sujetos Obligados deben observar en la atención de las resoluciones de los recursos de revisión, así como elaborar los acuerdos sobre el cumplimiento o incumplimiento de éstas, y en su caso, notificar al superior jerárquico del servidor público que incumpla la resolución, deberá informar mensualmente al Pleno;*

9. Aunado a lo anterior en la resolución se puede observar que se da por validez las acciones y la respuesta emitida tanto por la Unidad de Transparencia como por el servidor público habilitado, sin embargo, se observa que no se dio cumplimiento a lo señalado en el artículo 162 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, ya que si bien es cierto adjunto a la respuesta los oficios del Servidor Público Habilitado de la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia, también lo es que de la información requerida no se realizó la búsqueda exhaustiva en todas áreas mucho menos que se haya generado la búsqueda exhaustiva en términos de Ley, además de no haber hecho entrega del documento soporte donde se diga que el ayuntamiento de Chicoloapan en el periodo del año 2005 al 13 de noviembre del 2017 haya sancionado cualquiera de los servidores públicos del gobierno de ese ayuntamiento, o en su caso como lo dice la propia ley de Transparencia el documento donde se diga que ha cumplido con la resoluciones que se han sido emitidas por parte del pleno.
10. Del estudio realizado y plasmado en el considerando CUARTO de la resolución no se observa que se haya analizado las atribución de generar, administrar y poseer la información solicitada por el particular por parte de la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, ya que solo se concreta a dar por válidas las acciones realizadas, careciendo de un análisis

y estudio exhaustivo a los motivos de inconformidad del particular, dejando en estado de indefensión al mismo y trasgrediendo derechos fundamentales.

III. Del Acuerdo de Inexistencia

11. Para el caso de que no se encuentre la información relativa a lo solicitado el **SUJETO OBLIGADO** deberá de realizar su respectivo acuerdo de inexistencia de la misma, mismo que debe de estar fundado y motivado de acuerdo a lo que la normatividad establece.
12. Bajo este contexto es necesaria la emisión de inexistencia en aquellos casos en que el **SUJETO OBLIGADO** generó la información solicitada y previa búsqueda exhaustiva y minuciosa de la misma en los archivos con que se cuenten, no se localiza la información requerida, entonces el Comité de Transparencia tiene el deber de emitir un Acuerdo de Inexistencia, el cual se insiste, se dicta en aquellos supuestos en los que si bien la información solicitada la genera, posee o administra el **SUJETO OBLIGADO** en el marco de las funciones de derecho público; sin embargo, éste no lo posee por las razones que deberá expresar a través de un acuerdo debidamente fundado y motivado.
13. Dicho en otras palabras, el hablar de información inexistente implica la alta responsabilidad de explicar a la ciudadanía el motivo, causa o circunstancia del por

qué el ente público que tiene la facultad y el deber de generar, poseer o administrar su información pública no la tiene.

14. Además, materialmente se trata de una negativa de la información válida con independencia de las responsabilidades administrativas que pudieran ser procedentes.
15. Por tanto, cuando se actualiza el supuesto de inexistencia, el acuerdo de inexistencia correspondiente, no opera en automático, pues para que pueda surtir todos sus efectos jurídicos, es necesario cumplir con los requisitos formales que establecen los artículos 19, 20, 169 y 170 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios. Por lo que de dichas circunstancias, se deberá de girar oficio al contralor del órgano de control interno de este instituto, toda vez que el artículo 169 señala lo siguiente:

Artículo 169. Cuando la información no se encuentre en los archivos del sujeto obligado, el Comité de Transparencia:

I. Analizará el caso y tomará las medidas necesarias para localizar la información;

II. Expedirá una resolución que confirme la inexistencia del documento;

III. 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; y

IV. Notificará al órgano interno de control o equivalente del sujeto obligado quien, en su caso, deberá iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa que corresponda.

La Unidad de Transparencia deberá notificarlo al solicitante por escrito, en un plazo que no exceda de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud.

Este plazo podrá ampliarse hasta por otros siete días hábiles, siempre que existan razones para ello, debiendo notificarse por escrito al solicitante.

16. Es en atención a las consideraciones señaladas, para efectos de garantizar el derecho de acceso cuando la información no se encuentre en los archivos del sujeto obligado y esta derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones no es suficiente ordenar que “En el supuesto de que la información cuya entrega se ordena no haya sido generada, poseída o administrada por el Sujeto Obligado, bastará con que lo haga del conocimiento del recurrente al momento en que dé cumplimiento a la presente determinación” sino que una vez realizada la búsqueda exhaustiva y en el caso de no localizarla el Comité de Transparencia deberá emitir un Acuerdo de Inexistencia fundado y motivado, ya que 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.

17. Aunado a lo anterior, si para el caso de que no exista el documento donde se haya sancionado algún servidor público de ese ayuntamiento por motivos de incumplimiento a resoluciones, este tiene el deber de generar un documento donde se diga que ha cumplido con aquellas resoluciones de las cuales se le ordeno algún cumplimiento, el cual debe ser entregado; ya que solo así, se le daría certeza legal al particular de la información solicitada y el debido cumplimiento del sujeto obligado en el desempeño de sus obligaciones, transparentando el ejercicio de la función pública.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/JPR