

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 VIGÉSIMA QUINTA SESIÓN ORDINARIA DE CUATRO DE JULIO DE DOS MIL DIECIOCHO, EN LOS RECURSOS DE REVISIÓN 01834/INFOEM/IP/RR/2018, 01835/INFOEM/IP/RR/2018 y 01836/INFOEM/IP/RR/2018 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 01834/INFOEM/IP/RR/2018, 01835/INFOEM/IP/RR/2018 y 01836/INFOEM/IP/RR/2018 acumulados, pronunciada por el Pleno de este Instituto ante el proyecto presentado por el Comisionado **JAVIER MARTÍNEZ CRUZ**, que es del tenor siguiente.

Es de destacar, que la suscrita comparte esencialmente el estudio realizado en la resolución del recurso de revisión; empero, estimo necesario precisar algunas consideraciones de hecho y de derecho.

Al respecto, tal y como quedó debidamente asentado en la resolución materia del presente voto, el particular requirió del **Ayuntamiento de Texcoco**, en lo subsecuente **EL SUJETO OBLIGADO** vía SAIMEX, esencialmente lo siguiente:

1. *Recibos de nómina de toda la administración municipal, es decir, de todos los trabajadores de confianza, planta, base, eventuales y los que se encuentran en lista de raya.*
2. *Por cuanto hace a la lista de raya, el soporte documental en el cual se visualice el nombre completo del trabajador, las percepciones y deducciones que percibe.*
3. *Nómina completa y actualizada de todo el personal que labora en el H. Ayuntamiento de Texcoco, en la que se observe total de percepciones netas y brutas, así como bonificaciones, premios, compensaciones, gratificaciones y deducciones.*
4. *Altas y bajas de todo el personal.*
5. *Contratos y documentos que comprueben cuántas personas han sido contratadas, y cuántas han sido despedidas o han presentado renuncia.*

En respuesta, **EL SUJETO OBLIGADO** se pronunció respecto de los recibos de nómina, informando que en razón del volumen de la información no era posible que se enviaran a través del **SAIMEX**, por lo que se le cambió la modalidad a consulta directa en las oficinas que ocupa la Subdirección de Recursos Humanos; por cuanto hace a la lista de raya, manifestó que no cuentan con personal de lista de raya; con relación a la nómina completa y actualizada, proporcionó un listado en el que se advierte la nómina general de la 1ª y 2ª quincena de enero a marzo del año dos mil dieciocho, que contiene número de empleado, nombre completo, departamento, categoría, percepciones, deducciones y

suelo neto; con relación a las altas y bajas únicamente proporcionó el número de bajas de enero a marzo de la presente anualidad, bajo el argumento de que difundir los nombres pudiera alterar algún proceso legal o de negociación, y finalmente, en cuanto a los documentos probatorios sobre cuántas personas se han contratado y cuántas se han despedido o han renunciado, manifestó que los contratos laborales constituyen la relación laboral única y exclusivamente entre el trabajador y el municipio, asimismo que no existía consentimiento expreso por parte de los trabajadores para dar a conocer dicha información, por lo que en tal sentido, se solicitó al Comité de Transparencia que dicha información fuera clasificada como reservada.

Así, del estudio de los expedientes electrónicos del SAIMEX, la Ponencia Resolutora determinó **REVOCAR** las respuestas del **SUJETO OBLIGADO** y ordenar la entrega en versión publica de la información que a continuación se enlista:

1. *Recibos de nómina de toda la administración municipal, es decir, de todos los trabajadores de confianza, planta, base y eventuales;*
2. *Nómina, bonificaciones, premios, compensaciones y gratificaciones;*
3. *Altas y bajas de personal;*
4. *Contratos o documentos que acrediten las relaciones laborales de las personas que se han contratado;*
5. *Documentos que comprueben cuántas personas han sido despedidas o han renunciado.*

En ese sentido, la que suscribe reitera, que si bien coincide en términos generales con el estudio de la resolución en comento, difiero respecto al hecho del sentido de la resolución del recurso de revisión 01834/INFOEM/IP/RR/2018, debiendo haber sido éste un **MODIFICA**. Lo anterior es así, en razón de que, la Ponencia Resolutora al entrar al fondo de las manifestaciones vertidas por **EL SUJETO OBLIGADO** en el recurso 01834/INFOEM/IP/RR/2018, en cuanto hace al personal de lista de raya, dicho punto fue respondido en sentido negativo refiriendo la Ponencia que se dicho punto se tenía por atendido.

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 12 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 en interpretación contraria significa que no se está obligado a proporcionar lo que no obre en sus archivos.

Entonces, encontrándonos ante un hecho negativo, 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 una 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."

En este sentido, es necesario establecer que de conformidad con el artículo 186 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, 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, conforme al sentido determinado por la Ponencia Resolutora se precisa que **EL SUJETO OBLIGADO** en la respuesta proporcionó documentos e información que no satisficieron ni total ni parcialmente la información requerida, lo que resulta infundado, toda vez que **EL SUJETO OBLIGADO** si colmó algunos rubros de la solicitud del particular, es decir, lo concerniente al personal contratado bajo la modalidad de lista de raya; por lo tanto, para la suscrita lo conducente era **MODIFICAR** la respuesta del **SUJETO OBLIGADO**, pues se insiste que, toda vez que la respuesta colma de manera parcial la solicitud de información pública, lo procedente era **MODIFICAR** la respuesta y ordenar la entrega de la información faltante.

Ahora bien, en cuanto hace a la información que se ordena, contemplada en los numerales 1 y 2 del resolutivo SEGUNDO, se considera que debió ordenarse la correspondiente a la primera quincena del mes de abril del presente año.

Lo anterior, obedece a que tomando en consideración que el ciudadano en sus solicitudes no precisó temporalidad alguna sobre la información requerida supra, la Ponencia Resolutora debió en ejercicio de la facultad de suplir a los particulares en esta instancia, en términos de los artículos 13 y 181 cuarto párrafo, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, y en aras de privilegiar el

principio de máxima publicidad a que se refieren los artículos 4 y 8 del mismo ordenamiento legal, pronunciarse respecto a que el periodo requerido, correspondería a la quincena más próxima a la fecha de la solicitud.

En ese orden de ideas, del análisis emitido por la Ponencia Resolutora no se advierte la motivación para determinar dicha temporalidad, es decir, del primero de enero al diecisiete de abril de dos mil dieciocho.

Es así que, la Ponencia Resolutora debió justificar la temporalidad; situación que la que suscribe no advierte en el análisis de los recursos de que se trata y ante lo cual se carece de certeza jurídica para las partes de conformidad con el artículo 9 fracción I de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

Por último, tocante a la información referente a los documentos que comprueben cuántas personas han sido despedidas o han renunciado, la Ponencia Resolutora contempló una salvedad de que para el caso de que los documentos que se ordenan sean susceptibles de ser clasificados como reservados, se deberá emitir el Acuerdo de Clasificación por el Comité de Transparencia.

Al respecto, difiero en la precisión hecha por la Ponencia en el resolutivo SEGUNDO, pues se considera que en cuanto hace a la información señalada en el numeral 5, se pudiera generar una versión pública de los documentos en los que se protejan los datos personales y sensibles que se pudieran contener en los mismos y satisfacer de manera

amplia el derecho de acceso a la información del particular, atendiendo al principio de máxima publicidad establecido en el artículo 8 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios que señala:

"Artículo 8. El derecho de acceso a la información o la clasificación de la información se interpretarán conforme a los principios establecidos en la Constitución Federal, los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, la Ley General, la Constitución Local y la presente Ley.

En la aplicación e interpretación de la presente Ley deberá prevalecer el principio de máxima publicidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución Federal, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, la Ley General, la Constitución Local, así como en las resoluciones y sentencias vinculantes que emitan los órganos nacionales e internacionales especializados, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, atendiendo al principio pro persona..."

En este sentido, es conveniente invocar la tesis 1a. CCCXXVII/2014 (10a.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo tenor es el siguiente:

*Época: Décima Época
Registro: 2007561
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I
Materia(s): Constitucional, Común
Tesis: 1a. CCCXXVII/2014 (10a.)
Página: 613*

PRINCIPIO PRO PERSONA. REQUISITOS MÍNIMOS PARA QUE SE ATIENDA EL FONDO DE LA SOLICITUD DE SU APLICACIÓN, O LA IMPUGNACIÓN DE SU OMISIÓN POR LA AUTORIDAD RESPONSABLE.

El artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone a las autoridades el deber de aplicar el principio pro persona como un criterio de interpretación de las normas relativas a derechos humanos, el cual busca maximizar su vigencia y respeto, para optar por la aplicación o interpretación de la norma que los favorezca en mayor medida, o bien, que implique menores restricciones a su ejercicio. Así, como deber, se entiende que dicho principio es aplicable de oficio, cuando el Juez o tribunal considere necesario acudir a este criterio interpretativo para resolver los casos puestos a su consideración, pero también es factible que el quejoso en un juicio de amparo se inconforme con su falta de aplicación, o bien, solicite al órgano jurisdiccional llevar a cabo tal ejercicio interpretativo, y esta petición, para ser atendida de fondo, requiere del cumplimiento de una carga mínima; por lo que, tomando en cuenta la regla de expresar con claridad lo pedido y la causa de pedir, así como los conceptos de violación que causa el acto reclamado, es necesario que la solicitud para aplicar el principio citado o la impugnación de no haberse realizado por la autoridad responsable, dirigida al tribunal de amparo, reúna los siguientes requisitos mínimos: a) pedir la aplicación del principio o impugnar su falta de aplicación por la autoridad responsable; b) señalar cuál es el derecho humano o fundamental cuya maximización se pretende; c) indicar la norma cuya aplicación debe preferirse o la interpretación que resulta más favorable hacia el derecho fundamental; y, d) precisar los motivos para preferirlos en lugar de otras normas o interpretaciones posibles. En ese sentido, con el primer requisito se evita toda duda o incertidumbre sobre lo que se pretende del tribunal; el segundo obedece al objeto del principio pro persona, pues para realizarlo debe conocerse cuál es el derecho humano que se busca maximizar, aunado a que, como el juicio de amparo es un medio de control de constitucionalidad, es necesario que el quejoso indique cuál es la parte del parámetro de control de regularidad constitucional que está siendo afectada; finalmente, el tercero y el cuarto requisitos cumplen la función de esclarecer al tribunal cuál es la disyuntiva de elección entre dos o más normas o interpretaciones, y los motivos para estimar que la propuesta por el quejoso es de mayor protección al derecho fundamental. De ahí que con tales elementos, el órgano jurisdiccional de amparo podrá estar en condiciones de establecer si la aplicación del principio referido, propuesta por el quejoso, es viable o no en el caso particular del conocimiento."

Lo anterior obedece a que, contrario a lo que se señala en el estudio del resolución de mérito, la suscrita considera que no se actualizan los supuestos de reserva de la información invocados para tal efecto, puesto que el número de personas dadas de baja, no hacen identificable a una persona, ni pone en riesgo la integridad física o moral de los servidores públicos requeridos en la solicitud.

Así, la Ponencia Resolutora debió tomar en consideración que toda la información que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente de interés individual y, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los Sujetos Obligados, primeramente le reviste el carácter de información pública, una vez que obre en los archivos del **SUJETO OBLIGADO**, siempre que no encuadre en los supuestos del 140 y 143 de la Ley de la materia que establecen:

"Artículo 140. El acceso a la información pública será restringido excepcionalmente, cuando por razones de interés público, ésta sea clasificada como reservada, conforme a los criterios siguientes:

I. Comprometa la seguridad pública y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;

II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;

III. Se entregue a la Entidad expresamente con ese carácter o el de confidencialidad por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;

IV. Ponga en riesgo la vida, la seguridad o la salud de una persona física;

V. Aquella cuya divulgación obstruya o pueda causar un serio perjuicio a:

1. Las actividades de fiscalización, verificación, inspección, comprobación y auditoría sobre el cumplimiento de las Leyes; o

2. La recaudación de las contribuciones.

VI. Pueda causar daño u obstruya la prevención o persecución de los delitos, altere el proceso de investigación de las carpetas de investigación, afecte o vulnere la conducción o los derechos del debido proceso en los procedimientos judiciales o administrativos, incluidos los de quejas, denuncias, inconformidades, responsabilidades administrativas y resarcitorias en tanto no hayan quedado firmes o afecte la administración de justicia o la seguridad de un denunciante, querellante o testigo, así como sus familias, en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables;

VII. La que contengan las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;

VIII. Vulnere la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan quedado firmes;

IX. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la Ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público;

X. El daño que pueda producirse con la publicación de la información sea mayor que el interés público de conocer la información de referencia, siempre que esté directamente relacionado con procesos o procedimientos administrativos o judiciales que no hayan quedado firmes;

Cuando se trate de información sobre estudios y proyectos cuya divulgación pueda causar daños al interés del Estado o suponga un riesgo para su realización, siempre que esté directamente relacionado con procesos o procedimientos administrativos o judiciales que no hayan quedado firmes; y

XI. Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales.

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;

II. Los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el ejercicio de recursos públicos; y

III. La que presenten los particulares a los sujetos obligados, de conformidad con lo dispuesto por las leyes o los tratados internacionales.

La información confidencial no estará sujeta a temporalidad alguna y sólo podrán tener acceso a ella los titulares de la misma, sus representantes y los servidores públicos facultados para ello.

No se considerará confidencial la información que se encuentre en los registros públicos o en fuentes de acceso público, ni tampoco la que sea considerada por la presente ley como información pública."

No obstante, si de la información que en su caso haga entrega **EL SUJETO OBLIGADO** se adviertan las causas de la baja de los servidores públicos, entonces se deberá atender a que conforme a la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado y Municipios, se establecen diferentes causas para la terminación laboral y por ende, baja del servicio público de un individuo, tal y como se advierte a continuación:

"ARTÍCULO 89. Son causas de terminación de la relación laboral sin responsabilidad para las instituciones públicas:

I. La renuncia del servidor público;

II. El mutuo consentimiento de las partes;

III. El vencimiento del término o conclusión de la obra determinantes de la contratación;

IV. El término o conclusión de la administración en la cual fue contratado el servidor público a que se refiere el artículo 8 de ésta Ley;

V. La muerte del servidor público; y

VI. La incapacidad permanente del servidor público que le impida el desempeño de sus labores."

Es así que, en específico a las causales de terminación de la relación laboral contempladas en las fracciones V y VI del artículo 89 de la Ley del Trabajo supra citada, el documento con el que se puede acreditar dicha circunstancia lo son el acta de defunción y el dictamen de incapacidad permanente donde se determine la pérdida de facultades o aptitudes físicas o psicológicas de la persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo, respectivamente.

De lo anterior, se advierte claramente que los datos contenidos en dichos documentos consisten en datos personales y sensibles, mismos que se definen conforme las fracciones XI y XII del artículo 4 de la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de México y Municipios de la siguiente forma:

"Datos personales: a la información concerniente a una persona física o jurídica colectiva identificada o identificable, establecida en cualquier formato o modalidad, y que esté almacenada en los sistemas y bases de datos, se considerará que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier documento informativo físico o electrónico.

Datos personales sensibles: a las referentes de la esfera de su titular cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa más no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud física o mental, presente o futura, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual."

Es decir, se trata de datos que revelan las condiciones físicas de una persona, las lesiones y causas de muerte, posibles enfermedades, condiciones de salud, forma de muerte, entre otros, mismos que identifican o hacen identificable al individuo y reflejan su más íntima esfera jurídica. En consecuencia, la suscrita estima necesario pronunciarse respecto a que, para dichos datos se debió emitir por parte del Comité de Transparencia el respectivo Acuerdo de Clasificación, en el que se clasifique en su totalidad como información confidencial.

Atento a lo expuesto, se insiste que tocante a la información que se ordena en el diverso 5 del resolutivo SEGUNDO, parte de ésta puede ser susceptible de ser clasificada como información confidencial, ya que si bien no se ordena de manera específica los documentos señalados en el cuerpo del presente voto particular, lo cierto es que de existir los supuestos de baja de servidores públicos por alguna de las causales contempladas en las fracciones V y VI de la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos

del Estado de México y Municipios, los documentos que podrían acreditar la causal de terminación de la relación laboral pudieran contener datos personales y sensibles del individuo, por lo que no debió ordenarse su entrega, o bien preverse tal circunstancia y en su caso debió ordenarse el Acuerdo de Clasificación de Información en términos de los artículos 49 fracción VIII, 131, 133, 143 fracción I y 149 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en el que fundara y motivara las razones por las que se clasifica en su totalidad la información como confidencial o la versión pública del documento poniéndolo a disposición del **RECURRENTE**.

Atento a los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, la que suscribe emite **VOTO PARTICULAR**, puesto que se estima que debieron haberse precisado las consideraciones enunciadas 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 la resolución de los recursos de revisión 01834/INFOEM/IP/RR/2018, 01835/INFOEM/IP/RR/2018 y 01836/INFOEM/IP/RR/2018 acumulados, aprobada el cuatro de julio de dos mil dieciocho.

YSM/ATU

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 - Ixtapan No. 111,
Col. La Michoacana, C.P. 32166
Metepec, Estado de México