

Memorándum no. INFOEM/COM-EAY/00246/2018

Metepec, Estado de México, 7 de mayo de 2018

**LICENCIADO
ALEXIS TAPIA RAMÍREZ
SECRETARIO TÉCNICO 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 del recurso de revisión **00511/INFOEM/IP/RR/2018**, aprobada por el Pleno de este Instituto, en la décima sexta sesión ordinaria del tres de mayo de dos mil dieciocho, para los efectos legales conducentes.

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

A T E N T A M E N T E

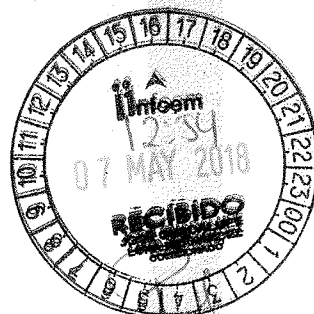
**YESENIA SÁNCHEZ MILLÁN
COORDINADORA DE PROYECTOS**

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

Archivo
IAHA/AMV

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 * Lado sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

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



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 DÉCIMA SEXTA SESIÓN ORDINARIA DEL TRES DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 00511/INFOEM/IP/RR/2018.

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 el recurso de revisión 00511/INFOEM/IP/RR/2018, 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 del recurso de revisión; empero, estimo necesario precisar algunas consideraciones de hecho y de derecho, tocante a parte de lo que se ordena en la resolución correspondiente.

Al respecto, tal y como quedó debidamente asentado en la resolución materia del presente voto, el particular requirió del Ayuntamiento de Nezahualcóyotl, en lo

sucesivo **EL SUJETO OBLIGADO**, los contratos laborales firmados por el personal de confianza referido en la solicitud.

De las constancias que obran dentro del expediente electrónico del Sistema de Acceso a la Información Mexiquense, en lo subsecuente el **SAIMEX**, se advierte que **EL SUJETO OBLIGADO** adjuntó la respuesta al solicitante manifestando que respecto a los contratos laborales firmados por el personal de confianza respecto de uno de los servidores públicos referidos, en su departamento de nóminas se realizó una búsqueda en sus archivos, de la cual no se encontró a ningún servidor público activo con dicho nombre, y respecto al otro servidor público informó que la subdirección de recursos humanos, no posee, genera y/o administra documento alguno que contenga información referente a lo solicitado.

Atento a lo anterior, la Ponencia Resolutora determinó **REVOCAR** la respuesta del **SUJETO OBLIGADO** ordenándole hacer la entrega, vía **SAIMEX** y en versión pública de la siguiente información:

a) Los contratos firmados por el personal de confianza perteneciente a la Secretaría del Ayuntamiento y del personal de confianza perteneciente a la Secretaría particular de la Presidencia Municipal, firmados durante la administración pública municipal 2013-2015.

Para efectos de lo anterior se deberá emitir el Acuerdo del Comité de Transparencia en términos de los artículos 49 fracción VIII y 132 fracción II de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en el que funde y motive las razones sobre los datos que se supriman o eliminen dentro del soporte documental respectivo objeto de las versiones públicas que se formulen y se ponga a disposición del particular.

Para el caso no contar con la información señalada en el inciso anterior, el SUJETO OBLIGADO deberá generar y entregar el acuerdo que sustente la inexistencia de la información, en el que se expliquen las razones de por qué no se cuenta con la información, de manera fundada y motivada, en términos de la presente resolución.

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 pronunciamiento que se ordena al **SUJETO OBLIGADO**, para el caso de no haberse generado la información; ordenándole establecer las causas por las que no se administra.

Es decir, al ordenar un pronunciamiento por parte del **SUJETO OBLIGADO** en el que se establezcan las causas por las que no se generó la información solicitada, implicaría afirmar que existen los contratos firmados por el personal de confianza perteneciente a la Secretaría del Ayuntamiento y del personal de confianza perteneciente a la secretaría particular de la Presidencia Municipal, firmados durante la administración pública municipal 2013-2015, aun cuando en las actuaciones del expediente electrónico no se advierte dicha circunstancia ni existen indicios tendientes a demostrar lo aseverado por la Ponencia Resolutora.

En ese sentido, 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**; es así que, dicho pronunciamiento que se ordena supondría afirmar que el Ayuntamiento de Nezahualcóyotl habría generado los contratos firmados por el personal de confianza perteneciente a la Secretaría del Ayuntamiento y del personal de confianza perteneciente a la Secretaría particular de la Presidencia Municipal, signados durante la administración pública municipal 2013-2015, aun cuando de las constancias que obran en el SAIMEX no se advierte tal situación.

No obstante, para el caso de que no se localice la información al no haber ejercido dicha facultad potestativa, constituiría un hecho negativo, por lo que 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.

Es así que, 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 4 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 obre en sus archivos, lo que a

contrario sensu significa que no se está obligado a proporcionar lo que no obre en sus archivos.

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 un hecho negativo resulta aplicable la siguiente tesis:

***"HECHOS NEGATIVOS, NO SON SUSCEPTIBLES DE DEMOSTRACION.**
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."

Atento a lo expuesto, la que suscribe emite **VOTO PARTICULAR**, pues se insiste que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios no faculta a este Instituto para ordenar que los Sujetos Obligados motiven las causas por las que no se generó la información si dicho acto o hecho no aconteció, es decir, al no advertirse que efectivamente **EL SUJETO OBLIGADO** haya generado en ejercicio de sus atribuciones los contratos firmados por el personal de confianza perteneciente a la Secretaría del Ayuntamiento y del personal de confianza perteneciente a la Secretaría particular de la Presidencia Municipal, signados durante la administración pública municipal 2013-2015, aun cuando de las constancias que

obran en el SAIMEX no se advierte tal situación, por lo que bastaría con manifestar tal circunstancia en el cumplimiento a la resolución del recurso de revisión de mérito, al tratarse de una facultad potestativa del Sujeto Obligado.

**EVA ABAID YAPUR
COMISIONADA
(RÚBRICA)**

Esta hoja corresponde al voto particular emitido en la resolución del recurso de revisión 00511/INFOEM/IP/RR/2018, aprobada el tres de mayo de dos mil dieciocho.
YSM/IAHA/AMV