

Memorándum no. INFOEM/COM-EAY/0375/2018
Meteppec, Estado de México, 02 de julio de 2018

LICENCIADO
ALEXIS TAPIA RAMÍREZ
SECRETARIO TÉCNICO 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, adjunto al presente se servirá encontrar el **voto particular** emitido por la Comisionada Eva Abaid Yapur, en la resolución del recurso de revisión 01778/INFOEM/IP/RR/2018, aprobada por el Pleno de este Instituto, en la vigésima cuarta sesión ordinaria del veintisiete de junio del año dos mil dieciocho, para los efectos legales conducentes.

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

ATENTAMENTE

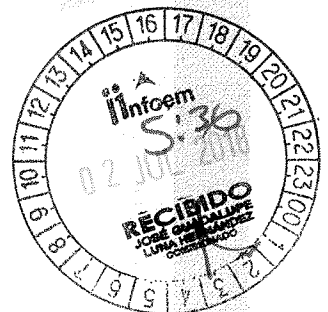


YESENIA SÁNCHEZ MILLÁN
COORDINADORA DE PROYECTOS

C.c.p. Mtro. José Guadalupe Luna Hernández, Comisionado. Para su conocimiento
Archivo
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. 52166
Meteppec, 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 VIGÉSIMA CUARTA SESIÓN ORDINARIA DEL VEINTISIETE DE JUNIO DE DOS MIL DIECIOCHO, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01778/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 01778/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, resulta necesario precisar algunas consideraciones de hecho y de derecho, tocante a parte de lo ordenado en el resolutivo SEGUNDO.

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

sucesivo, **EL SUJETO OBLIGADO** a través del Sistema de Acceso a la Información Mexiquense, SAIMEX, se le informara, lo siguiente:

- a) *El Plan de Desarrollo Turístico Municipal vigente al 12 de marzo de 2018, la empresa consultora que lo elaboró; forma de contratación (convocatoria abierta, invitación restringida o asignación directa) y el monto pagado.*
- b) *El Manual de Organización de la Dirección de Turismo Municipal vigente*
- c) *El organigrama de la Dirección de Turismo Municipal vigente*
- d) *El tabulador de la Dirección de Turismo Municipal vigente*
- e) *El Manual de Procedimientos de la Dirección de Turismo Municipal vigente*
- f) *El Inventario de la oferta turística de hospedaje, de alimentos y bebidas, de recursos naturales y monumentales, vigente.*
- g) *El inventario de la señalización turística instalada en el Municipio de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018.*
- h) *La relación de ferias y tianguis turísticos en los que ha participado la Dirección de Turismo Municipal de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018.*
- i) *El acta de instalación del Consejo Municipal de Turismo*
- j) *La relación de integrantes y actas de las sesiones ordinarias de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018 del Consejo Municipal de Turismo.*
- k) *Del Comité de Pueblos Mágicos:*
 - a. *El acta de instalación.*
 - b. *Los integrantes vigentes al 12 de marzo de 2018.*
 - c. *Las actas de las sesiones ordinarias del 12 de marzo de 2017 al 12 de marzo de 2018.*
 - d. *El nombre del representante del Instituto Nacional de Antropología e Historia vigente al 12 de marzo de 2018.*
 - e. *El plan de trabajo vigente al 12 de marzo de 2018.*
 - f. *Las actas de aprobación de las obras a realizar con recursos del Pueblo Mágico de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018.*
 - g. *La información proporcionada al Comité Interinstitucional de Evaluación y Selección de Pueblos Mágicos (CIES) de la Secretaría de Turismo (SECTUR) para cumplir con los Criterios de Certificación del Programa por parte del Ayuntamiento.*
- l) *El responsable del Sistema de Información Turística Municipal*
- m) *La información estadística acumulada de la localidad desde enero de 2016 al 12 de marzo de 2018.*

- n) La fecha de incorporación a DATATUR.
- o) El Documento que acredite los indicadores empleados para determinar que el crecimiento del turismo en los dos últimos años alcanzó un 17 % (segundo informe de Gobierno) que instancia de la Secretaría de Turismo (SECTUR) y a partir de que indicadores determinó que el Municipio de Valle de Bravo obtuvo el 2° lugar nacional.
- p) La cantidad de recursos obtenidos por concepto del impuesto por ocupación hotelera
- q) Los convenios celebrados entre las autoridades municipales y las autoridades de turismo del gobierno federal y estatal (secretaría de turismo estatal, federal y FONATUR), de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018.
- r) La documentación que soporte las acciones de promoción y difusión realizadas por las autoridades municipales de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018.
- s) El Programa de Ordenamiento del Comercio Semifijo y/o Ambulante
- t) La documentación de la participación de la Dirección de Turismo Municipal en la planeación y desarrollo de las dos últimas ediciones del Festival de las Almas.

Del expediente electrónico se advierte que **EL SUJETO OBLIGADO** realizó manifestaciones y proporcionó información relacionada con la requerida por el particular, sin que colmara por completo el derecho de acceso a la información pública del **RECURRENTE**.

En razón de lo anterior, **EL RECURRENTE** procedió a interponer el recurso de revisión de mérito, inconformándose totalmente de la respuesta incompleta proporcionada fuera del término establecido para tal efecto.

Así, del estudio del expediente electrónico del **SAIMEX**, la Ponencia Resolutora determinó **MODIFICAR** la respuesta del **SUJETO OBLIGADO** ordenándole hacer entrega vía Sistema de Acceso a Información Mexiquense, del o los documentos donde conste o se advierta lo siguiente:

- 1) *La empresa consultora que elaboró el Programa de Desarrollo Turístico del Municipio 2016-2018, la forma de contratación y el monto pagado;*
- 2) *El tabulador de sueldos de la Dirección de Turismo Municipal vigente al 12 de marzo de 2018;*
- 3) *El inventario de la señalización turística instalada en el Municipio de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018;*
- 4) *La relación de ferias y tianguis turísticos en los que ha participado la Dirección de Turismo Municipal del 01 enero al 12 de marzo del año 2018;*
- 5) *El Acta de instalación del Consejo Municipal de Turismo o del Consejo Consultivo Municipal Turístico del Valle de Bravo de la administración 2016-2018;*
- 6) *La relación de integrantes y actas de las sesiones ordinarias de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018 del Consejo Municipal de Turismo o del Consejo Consultivo Municipal Turístico del Valle de Bravo;*
- 7) *El Acta Constitutiva de Integración del Comité Pueblo Mágico Valle de Bravo, México, de fecha 19 de enero de 2015;*
- 8) *Las Actas de las sesiones ordinarias del 12 de marzo de 2017 al 12 de marzo de 2018 del Comité Pueblo Mágico Valle de Bravo, México;*
- 9) *Los integrantes el Comité Pueblo Mágico Valle de Bravo, México, vigentes al 12 de marzo de 2018;*
- 10) *El nombre del representante del Instituto Nacional de Antropología e Historia vigente al 12 de marzo de 2018 del Comité Pueblo Mágico Valle de Bravo, México*
- 11) *El plan de trabajo del Comité Pueblo Mágico Valle de Bravo, México vigente al 12 de marzo de 2018;*
- 12) *La aprobación de las obras a realizar con recursos del Programa Pueblo Mágico de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018;*

- 13) *La información proporcionada al Comité Interinstitucional de Evaluación y Selección de Pueblos Mágicos (CIES) de la Secretaría de Turismo (SECTUR) para cumplir con los Criterios de Certificación del Programa Pueblo Mágico;*
- 14) *El nombre del responsable Sistema de Información Turística Municipal vigente al 12 de marzo de 2018;*
- 15) *La estadística acumulada concerniente al turismo de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018;*
- 16) *La fecha de incorporación al Sistema de Información de Estadísticas Turísticas (DATATUR);*
- 17) *El estudio o indicadores empleados para determinar que el crecimiento del turismo en los dos últimos años alcanzó un 17% señalado en el Segundo Informe de Gobierno correspondiente al año 2017;*
- 18) *La cantidad de recursos obtenidos por concepto del impuesto por ocupación hotelera de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018 así como su destino;*
- 19) *Los convenios celebrados entre las autoridades municipales y las autoridades de turismo del gobierno federal y estatal de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018;*
- 20) *La documentación que soporte las acciones de promoción y difusión realizadas de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018;*
- 21) *El Programa de ordenamiento del comercio semifijo y/o ambulante vigente al 12 de marzo de 2018; y*
- 22) *La participación de la Dirección de Turismo Municipal en la planeación y desarrollo del Festival de las Almas de los años 2016 y 2017.*

En ese sentido, la que suscribe reitera, que si bien coincide en términos generales con el estudio del recurso de revisión en comento, difiere con la información que se ordena en el numeral 1 de la resolución de mérito.

Lo anterior, obedece a que del Programa de Desarrollo Turístico del Municipio de Valle de Bravo, Estado de México se advierte en el Tema II, Marco Jurídico que textualmente dice lo siguiente: “...En este contexto, y con base en el Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que faculta al municipio para autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo, el H. Ayuntamiento de Valle de Bravo elaboró y aprobó el presente Programa....” (Sic); lo cual satisface plenamente el requerimiento del particular, pues se tiene certeza de quién elaboró dicho programa, descartando que haya sido realizado por una empresa y en consecuencia no se debió ordenar su entrega.

Ahora, por cuanto hace a la estadística acumulada concerniente al turismo de enero de 2016 al 12 de marzo de 2018, ordenada en el numeral 15, del análisis a la solicitud primigenia del particular, no se advierte que éste la haya solicitado al grado de desagregación que refiere la Ponencia Resolutora en su estudio, ello aunado a que no existe fuente obligacional que constriña al **SUJETO OBLIGADO** para generarla con las características que la Ponencia establece, siendo así que en cuanto hace al año 2016, dicha información ya fue colmada por **EL SUJETO OBLIGADO** en respuesta.

Por otra parte, es importante señalar que en cuanto hace al diverso 4 del resolutivo SEGUNDO, **EL RECURRENTE** al momento de formular la solicitud de acceso a la información pública ante **EL SUJETO OBLIGADO**, fue claro al señalar que la documentación referente a la relación de ferias y tianguis turísticos en los que ha participado la Dirección de Turismo Municipal, la requería desde el año 2016 y no a partir de enero de 2018 como lo refiere la Ponencia que Resuelve, por lo que difiero en

cuanto hace a la temporalidad de la entrega de información, ya que lo procedente era ordenar la entrega de dicha información por el periodo del 1 de enero de 2018 al 12 de marzo de 2018.

Por otra parte, atendiendo a las razones y motivos de inconformidad del particular, se puede verificar que en relación a la cantidad de recursos obtenidos por concepto del impuesto por ocupación hotelera y convenios celebrados entre las autoridades municipales y las autoridades de turismo del gobierno federal y estatal; cuando el ciudadano formuló su solicitud refirió como temporalidad de la misma, a partir de 2016, situación que modificó al momento de la interposición del recurso de revisión, pues manifestó que requirió la información, a partir de 2015, situación que resulta inatendible en virtud de que se advierte que **EL RECURRENTE** realizó cuestionamientos novedosos con respecto a los formulados en la solicitud de información por cuanto hace a la temporalidad de la información señalada con anterioridad.

Así, al tratarse de una petición adicional o plus petitio; esto es, la intención de acceder a nueva información mediante la interposición del recurso de revisión, resulta en una situación que no es oportuna para **EL SUJETO OBLIGADO** en razón de que no tuvo conocimiento de esto, hasta la interposición del recurso de mérito.



Sirve de apoyo por analogía la siguiente tesis jurisprudencial número VI. 2º. A. J/7, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, bajo el número de registro 178,788:

“Conceptos de violación en el amparo directo. Inoperancia de los que introducen cuestionamientos novedosos que no fueron planteados en el juicio natural. Si en los conceptos de violación se formulan argumentos que no se plantearon ante la sala fiscal que dictó la sentencia que constituye el acto reclamado, los mismos son inoperantes, toda vez que resultaría injustificado examinar la constitucionalidad de la sentencia combatida a la luz de razonamientos que no conoció la autoridad responsable, pues como tales manifestaciones no formaron parte de la litis natural, la sala no tuvo la oportunidad legal de analizarlas ni de pronunciarse sobre ellas.

Segundo tribunal colegiado en materia administrativa del sexto circuito.

Amparo directo 338/2001. Hilados de lana, s.a. de c.v. 31 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: amanda r. García gonzález. Secretaria: fernanda maría adela talavera díaz.

Amparo directo 20/2002. Afianzadora insurgentes, s.a. de c.v. 14 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: omar losson ovando. Secretaria: elsa maría lópez luna.

Amparo directo 271/2002. Fianzas méxico bital, s.a., grupo financiero bital. 7 de noviembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: antonio meza alarcón. Secretario: roberto genchi recinos.

Amparo directo 181/2003. Constructora y arrendadora paquime, s.a. de c.v. 5 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: omar losson ovando. Secretaria: elsa maría lópez luna.

Amparo directo 137/2003. Oficentro zanella, s.a. de c.v. 12 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: omar losson ovando. Secretaria: elsa maría lópez luna.

Véase: apéndice al semanario judicial de la federación 1917-2000, tomo iii, materia administrativa, página 267, tesis 250, de rubro: “conceptos de violación en el amparo directo. Ineficacia de los argumentos no propuestos a la sala fiscal responsable

Por lo anterior, se considera que respecto al año 2015, se debieron haber vdejado a salvo los derechos del ciudadano, a fin de que formulara las solicitudes de acceso a la información que a su derecho convinieran.

Por último, 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 que la información señalada en los numerales 1, 3, 4 19 y 21 no haya sido generada, poseída o administrada, éste deberá de manifestar de manera precisa y clara, las razones que expliquen las causas por las cuales no se generó.

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 en primer término lo siguiente:

- Que el Programa de Desarrollo Turístico del Municipio 2016-2018, debió adjudicarse a una empresa para su elaboración;
- Que existe norma específica para la elaboración de un inventario de la señalización turística;
- Que la Dirección de Turismo Municipal ha participado en ferias y tianguis;
- Que debió celebrar convenios con autoridades de turismo del Gobierno Federal y Estatal; y

- Que tenía como atribución el elaborar un Programa de ordenamiento del comercio semifijo y/o ambulante.

Ello, 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**; dispuestas para este caso en el Bando Municipal y Reglamento Orgánico Municipal, es así que, dicho pronunciamiento que se ordena al **SUJETO OBLIGADO** supondría afirmar que dichos actos fueron ejecutados sin que se llevara el registro documental de ello, siendo que incluso parte de la información señalada, se trata de facultades potestativas del **SUJETO**

OBLIGADO, así para el caso de no haberse realizado 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.

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 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 obra 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 una hecho negativo resultan aplicables la siguiente 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."

Atento a lo expuesto, la que suscribe 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, aun cuando se trate de facultades potestativas de éste ni cuando tales circunstancias dependan de la voluntad de particulares.

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 del recurso de revisión 01778/INFOEM/IP/RR/2018 aprobada el veintisiete de junio de dos mil dieciocho.

YSM/ATU