

ÍNDICE

CONTENIDO DE LA VERSIÓN TAQUIGRÁFICA DE LA SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL LUNES 14 DE AGOSTO DE DOS MIL SEIS.

SECRETARÍA GENERAL DE ACUERDOS

1

NÚMERO	ASUNTO	IDENTIFICACIÓN, DEBATE Y RESOLUCIÓN. PÁGINAS.
84/2004	<p style="text-align: center;">LISTA OFICIAL ORDINARIA VEINTIUNO DE 2006.</p> <p>CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL promovida por el Poder Ejecutivo Federal en contra del Congreso de la Unión y de la Auditoría Superior de la Federación, demandando la invalidez del “pliego de observaciones” número 057/2004, clave de auditoría 02-06E00-2-245-001 de 18 de junio de 2004, del Auditor Especial de Cumplimiento Financiero de la Auditoría Superior de la Federación en ausencia de su titular, así como de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 2000.</p> <p>(PONENCIA DEL SEÑOR MINISTRO JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO)</p>	<p>3 A 53, 54 Y 55.</p> <p>INCLUSIVE.</p>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

TRIBUNAL EN PLENO

**SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL LUNES
CATORCE DE AGOSTO DE DOS MIL SEIS.**

A S I S T E N C I A:

PRESIDENTE: SEÑOR MINISTRO:

MARIANO AZUELA GÜITRÓN

SEÑORES MINISTROS:

SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS

JUAN DÍAZ ROMERO

GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL

JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO

GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA

SERGIO ARMANDO VALLS HERNÁNDEZ

OLGA MA. DEL CARMEN SÁNCHEZ CORDERO

JUAN N. SILVA MEZA

(SE INICIÓ LA SESIÓN A LAS: 11:10 HORAS)

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Se abre la sesión.

Señor secretario, sírvase dar cuenta con los asuntos listados para el día de hoy.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS.- Sí señor presidente, con mucho gusto.

Se somete a la consideración de los señores ministros el proyecto del acta relativa a la sesión pública número 76 ordinaria, celebrada el jueves diez de agosto en curso.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A consideración del Pleno, el acta con la que ha dado cuenta el señor secretario.

Consulto si en votación económica se aprueba.

(VOTACIÓN FAVORABLE)

APROBADA.

Continúe señor secretario.

**SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS:
Sí, señor presidente.**

**CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL
NÚMERO 84/2004. PROMOVIDA POR EL
PODER EJECUTIVO FEDERAL EN CONTRA
DEL CONGRESO DE LA UNIÓN Y DE LA
AUDITORÍA SUPERIOR DE LA
FEDERACIÓN, DEMANDANDO LA
INVALIDEZ DEL “PLIEGO DE
OBSERVACIONES” NÚMERO 057/2004,
CLAVE DE AUDITORÍA 02-06E00-2-245-001,
DE DIECIOCHO DE JUNIO DE DOS MIL
CUATRO, DEL AUDITOR ESPECIAL DE
CUMPLIMIENTO FINANCIERO DE LA
AUDITORÍA SUPERIOR DE LA
FEDERACIÓN EN AUSENCIA DE SU
TITULAR, ASÍ COMO DE LA LEY DE
FISCALIZACIÓN SUPERIOR DE LA
FEDERACIÓN, PUBLICADA EN EL DIARIO
OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL
VEINTIOCHO DE DICIEMBRE DE DOS MIL.**

La ponencia es del señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, y en ella se propone:

**PRIMERO.- ES PARCIALMENTE PROCEDENTE Y PARCIALMENTE
FUNDADA LA PRESENTE CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.**

**SEGUNDO.- SE SOBREESE EN LA PRESENTE CONTROVERSIA
CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA LEY DE FISCALIZACIÓN
SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, PUBLICADA EN EL DIARIO
OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL VEINTIOCHO DE DICIEMBRE DE
DOS MIL, POR LAS RAZONES CONTENIDAS EN EL
CONSIDERANDO SEGUNDO DEL PRESENTE FALLO.**

**TERCERO.- SE DECLARA LA INVALIDEZ DEL PLIEGO DE
OBSERVACIONES NÚMERO 057/2004, CLAVE DE AUDITORÍA 02-
06E00-2-245-001, DE DIECIOCHO DE JUNIO DE DOS MIL CUATRO,
EMITIDO POR EL AUDITOR ESPECIAL DE CUMPLIMIENTO
FINANCIERO DE LA AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN
EN AUSENCIA DEL AUDITOR SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, EN
TÉRMINOS DEL ÚLTIMO CONSIDERANDO.**

CUARTO.- PUBLÍQUESE ESTA SENTENCIA EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA.

NOTIFÍQUESE; “...”

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Puntualmente el señor ministro decano, Juan Díaz Romero, que presidió la sesión anterior, me informó que cuando iba a concluir ésta habían solicitado el uso de la palabra los señores ministros Juan Silva Meza y Genaro David Góngora Pimentel; de acuerdo con esta información, se otorga el uso de la palabra al ministro Silva Meza, enseguida se otorgará al ministro Góngora Pimentel; y, desde luego, a quienes vayan solicitándola.

Señor ministro Silva Meza, tiene la palabra.

SEÑOR MINISTRO SILVA MEZA: Gracias, señor presidente.

Señores ministros, solamente para recordar en esta ocasión, ubicarnos nuevamente en el tema que venimos debatiendo, recuerdo a todos, en relación con esta problemática que el acto cuya invalidez se demanda, que es el Pliego de Observaciones 057/2004, de dieciocho de junio de ese año dos mil cuatro, emitido por el Auditor Especial de Cumplimiento Financiero en ausencia del Auditor Superior de la Federación.

De dicho acto se advierte que su emisión fue con motivo de la revisión de la cuenta pública de dos mil dos, en la que se auditó el Fideicomiso de Aduanas Uno, número 945-8, cuyo objeto consistió en verificar que en el ejercicio del dos mil dos, los ingresos provenientes del derecho de trámite aduanero; así como los depositados en el aludido fideicomiso para el pago de la contraprestación por los servicios de procesamiento electrónico de datos y del segundo reconocimiento aduanero, se enteraron a la Tesorería de la Federación y se registraron y reasentaron en la Cuenta Pública; que se detectaron diversas irregularidades por el monto que señala en el pliego de observación; y que, dichas irregularidades se hicieron consistir fundamentalmente en que el Sistema de Administración Tributaria, el SAT, no enteró la cantidad precisada en el inciso que hacíamos referencia, proveniente del derecho de trámite

aduanero, a la Tesorería de la Federación, ya que fueron depositados en una cuenta de Nacional Financiera que lleva el fideicomiso referido.

En el pliego de observaciones, lo hemos venido analizando, se ha determinado la litis del presente asunto de esta controversia, donde en un primer aspecto es la determinación, y lo hemos venido analizando, en relación con la naturaleza de los recursos objeto de ese pliego de observaciones.

Ya alguno de los señores ministros se han venido pronunciando en relación a que se trata de recursos privados, pues es un pago que hacen particulares por una contraprestación prestada a otro particular, así lo han venido sosteniendo con diferentes ángulos, diferentes puntos de vista, los señores ministros Aguirre Anguiano, Cossío, el ministro Ortiz Mayagoitia, que en su última exposición hizo todo un recorrido del antecedente de este fideicomiso de aduanas y concluyó en la naturaleza privada precisamente de estos recursos. En lo particular, habré de decir que, también que estas cantidades pagadas por los particulares por estas contraprestaciones constituyen recursos privados y no públicos.

Yo solamente voy a recordar, coincido con las afirmaciones que se han venido haciendo por los señores ministros e insisto, desde diferentes ángulos, pero coincidentes en su esencia para concluir que se trata precisamente de recursos privados, ya se han dado muchos argumentos; yo solamente recuerdo a ustedes el origen de este fideicomiso que nos va llevando desde mi punto de vista, pues con relativa o cierta claridad para esta determinación, aunada a las demás caracterizaciones que se han hecho para alcanzar ese pronunciamiento por alguno de los compañeros.

La naturaleza privada de estos recursos, los provenientes de la prestación de los servicios de procesamiento electrónico de datos y segundo reconocimiento, desde nuestro punto de vista, decíamos, queda evidenciada si se atiende a la historia y antecedentes del Fideicomiso Aduanas 1, sabemos que ante la incapacidad operacional de las autoridades hacendarias de prestar servicios aduaneros, en 1991 se

modificó el artículo 8º-B, de la Ley Aduanera, actualmente 16, vigente en 2002, a través del cual se permite que los particulares presten los servicios de procesamiento electrónico de datos y servicios relacionados. El pago a las empresas autorizadas sería mediante una contraprestación que pagan los importadores y exportadores y el monto es fijado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general y en tales reglas se establece el porcentaje que corresponde a dicha contraprestación a derecho de trámite aduanero, propiamente dicho y a I.V.A., la determinación de las empresas que serían las autorizadas, sería por licitación pública y la que en primer momento ganó fue la empresa ISA, a la que también aquí ya se ha hecho referencia, para administrar la contraprestación de los particulares por los servicios de procesamiento electrónico de datos y segundo reconocimiento y con el objeto de suministrarla al autorizado, se estableció en las bases de la licitación que el autorizado debía constituir un fideicomiso a donde ingresaría la contraprestación que pagarían los importadores y exportadores.

Por lo anterior, la empresa ISA, constituyó el Fideicomiso ISA, las partes del fideicomiso eran: Fideicomitente ISA, Fideicomisaria en primer lugar Secretaría de Hacienda, fiduciaria Nacional Financiera, Fiduciaria en segundo lugar las personas que en su caso designe la Secretaría de Hacienda, en términos del contrato. En virtud de algunas irregularidades encontradas, la autoridad hacendaria rescindió el contrato de prestación de servicios a dicha empresa y en razón de ello se realizó asignación directa a un tercero, pues así lo determinaban las bases de la anterior licitación, siendo el nuevo autorizado el Fideicomiso Aduanas 1; las partes del Fideicomiso Aduanas 1, eran, fideicomitente los importadores y exportadores, fideicomisaria en primer lugar, Secretaría de Hacienda, fiduciaria, Nacional Financiera, fideicomisaria segundo lugar, las personas que en su caso designara la Secretaría, el objeto y fin de tal fideicomiso, sería el mismo que el del Fideicomiso ISA, esto es, pagar a las empresas que prestan el servicio de procesamiento electrónico y segundo reconocimiento en términos del artículo 16 de la Ley Aduanera.

Para permitir una fiscalización integral de estos fideicomisos, se sustituyó el Fideicomiso de Aduanas 1 por un fideicomiso público, FACLA, por sus siglas, para administrar la contraprestación a que se refiere el multicitado artículo 16 de la Ley Aduanera y para el pago de la citada contraprestación a las empresas Fideicomiso, en el que se aportaron recursos públicos, por la cantidad de mil pesos y los demás recursos derivan de la contraprestación del artículo 16. Las partes, en este fideicomiso; fideicomitente-Hacienda, fideicomisaria, en primer lugar, Hacienda, fiduciaria NAFIN.

Todo lo anterior, pone de relieve que desde un principio, ni el fideicomiso ISA, ni el Fideicomiso Aduanas 1, manejaban recursos públicos, pues éstos provenían del pago realizado por los importadores-exportadores y tenían como objeto y fin pagar a las empresas que prestaban el servicio de procesamiento electrónico y segundo reconocimiento de esa naturaleza; tan no manejaban recursos públicos, sino privados, que tal situación constituía un impedimento para poder fiscalizar esos fideicomisos, por lo que se decidió crear un fideicomiso que manejara recursos públicos para estar en aptitud de fiscalizarlo y es por esto que creemos, desde mi punto de vista, se aportaron esos mil pesos, provenientes de recursos públicos, pero creemos innecesario que en el proyecto pretenda determinarse que el Fideicomiso de Aduanas si es de naturaleza pública o privada, ya que aunque fuera privado, si el mismo hubiese manejado recursos públicos sería susceptible de fiscalización.

En el caso, el actor sostiene y convenimos que la naturaleza privada de los recursos que se generan con motivo de la prestación de los servicios de procesamiento electrónico de datos y segundo reconocimiento, se hace con base en los precedentes que ya tiene esta Suprema Corte en relación con esa naturaleza.

De esta suerte, no insisto en los argumentos ni en las consideraciones que han expresado mis compañeros, yo también considero que dada la naturaleza de estos recursos son de carácter privado.

Gracias señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE.- Señor ministro Genaro David Góngora Pimentel, tiene la palabra.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL.- Gracias señor presidente.

He repartido copia del dictamen que habré de leer, en relación, es una atenta nota en realidad. En relación con el intercambio de ideas realizado en la sesión anterior sobre diversos aspectos del proyecto y de mi dictamen me permito realizar los siguientes comentarios: Se señaló que el dictamen de mi ponencia se basaba en que: Si alguien no puede disponer por alguna razón de algún recurso dinerario, es porque no es dueño de él. Al respecto, para evidenciar lo destroncado del argumento se puso como ejemplo el contrato de prenda; tampoco voy a abundar demasiado sobre este punto, solo indicaré que no es posible hacer una comparación auténtica entre el contrato de prenda que tiene como presupuesto un acto de voluntad, de quien afecta sus bienes en prenda y recibe a cambio una contraprestación de una situación regulada por la ley, en donde el concesionario no tiene capacidad de elección; recibirá su dinero cuando lo señale la ley y en los tiempos en que lo señalen las disposiciones reglamentarias, antes no lo puede reclamar, no tiene disposición de él, no es suyo; luego la comparación con el contrato de prenda. Lo será al final, sin lugar a dudas, y lo será como si lo hubiera recibido el importador, por virtud de una ficción jurídica regulada en la ley que permite a los importadores el acreditamiento del I.V.A., causado con motivo de la importación. Sin embargo, previamente a este momento no tiene la propiedad del dinero, únicamente tiene un derecho a recibir en su momento el pago por parte del Estado, por un servicio que prestó al importador en su calidad de concesionario; se señaló que el siguiente argumento destroncado de mi dictamen parte de la premisa de que las contraprestaciones son recibidas por las oficinas autorizadas que son públicas, para concluir que los recursos son públicos.

Lo que sostuve en la sesión pasada es que los recursos son públicos porque por disposición legal son enterados al Estado, esto es según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, significa pagar,

entregar dinero; asimismo, corresponde al Estado su administración en su calidad de otorgante de la concesión, hasta en tanto son entregados a los particulares y que es hasta ese momento cuando se puede hablar de recursos privados. Si como fue reconocido en la sesión anterior, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no actúa como gestión de negocios, perdón como gestor de negocios, la Secretaría no es gestor de negocios, respecto de dichas contraprestaciones, luego entonces para poder afectarlas válidamente al Fideicomiso Aduanas 1, tuvo que haber actuado en calidad de autoridad con competencia para administrar dichos recursos, hasta en tanto cubra lo debido a los prestadores de servicio; en consecuencia, la calidad de fideicomitente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deriva de que es la autoridad competente facultada para recibir el entero de las contraprestaciones administradas, fijar las reglas para el pago de las mismas y, finalmente, cubrirlas lo cual es a todas luces función pública y no privada; asimismo, se afirmó la sesión precedente que la Secretaría de Hacienda se convierte en fideicomitente porque está cumpliendo con obligaciones, porque está pagando lo que debe en un negocio jurídico, que el rol que juega es el de cumplimiento, cumplidora de obligaciones a cargo de sí misma, de pagadora, por tanto se trata de un fideicomiso privado.

En relación con dicha aseveración, no está a discusión el vínculo jurídico entre la Secretaría de Hacienda y los prestadores del servicio, ya es de todos sabido que la mencionada Secretaría se obliga a pagar las contraprestaciones debidas a los concesionarios, el cuestionamiento principal no debe partir de la última fase del ciclo de los recursos que es cuando la reciben los particulares en calidad de contraprestaciones, sino con la primera etapa del ciclo ¿Con qué carácter lo recibe la Secretaría y a título de qué dispone de los frutos derivados de invertir dichas contraprestaciones en valores de renta fija? en mi opinión la respuesta puede ser sencilla, los administra y dispone de ellos y sus frutos porque son recursos públicos, con cargo a los cuales se pagarán finalmente las contraprestaciones en las fechas y en las condiciones fijadas, en las disposiciones reglamentarias que sobra decirlo, son reglas de derecho público, dispone de ellos como cumplidora de obligaciones a cargo de sí misma, pero no por una simple obligación contractual, sino con base en la ley y en su condición de reguladora del servicio público que ha

concesionado; asimismo, se señaló que era innecesario pronunciarse sobre el funcionamiento del fideicomiso, la manera en que opera el mencionado fideicomiso, debe ser objeto de estudio toda vez que en los conceptos de invalidez así lo planteó la parte actora, quien aduce que el órgano fiscalizador, excedió sus funciones al ejercer facultades de fiscalización respecto de que los que en su opinión son recursos privados y que pertenecen a un fideicomiso que tiene esa naturaleza, y que fue creado en su calidad de gestora de negocios de importadores y exportadores. De este modo, para determinar si actuó válidamente la Auditoría Superior de la Federación, debemos determinar si efectivamente son recursos públicos, y la forma en que los administra y destina el mencionado fideicomiso. En la sesión pasada se afirmó también, que si un particular obtiene devolución del I.V.A., por el derecho de acreditamiento que sale de la contraprestación, no cabe duda que es dinero de particulares, y por tanto, no es auditable, en mi opinión, estamos hablando de momentos diferentes, ni el oficio impugnado, ni la litis versan sobre el destino final de las contraprestaciones, sino sobre la naturaleza con la cual estas ingresan al Estado, y en la conducta que éste debe asumir respecto de su administración, hasta en tanto cubre finalmente las contraprestaciones. Lo que sucede posteriormente con aquellas, es ajeno a la litis, por lo que no es válido acudir al destino final para definir la naturaleza del ingreso previo. No es lo mismo sostener que un capullo se convertirá en mariposa, para sostener que un capullo es una mariposa, del mismo modo, se afirmó que se constituyó un fideicomiso particular, así se dijo: se constituyó un fideicomiso particular, porque hay un interés público de la Secretaría de Hacienda, en el buen manejo de estos fondos, y en el control de la calidad de los servicios de trámite aduanero que prestan terceros, y hay definiciones a través de disposiciones internas de la Secretaría sobre el manejo de los excedentes y su destino, todos ellos orientados a mejorar el servicio de trámite aduanero. A mí, estos magníficos argumentos, me llevan a la conclusión contraria, tanto interés público, tanta diligencia en el cuidado de la calidad de los servicios de trámite aduanero, sumado a la regulación interna para el manejo del excedente y su destino, tendente a mejorar el servicio de trámite aduanero, no puede corresponder a un fideicomiso privado.

Evidentemente todo esto es función pública, que deriva de la calidad de autoridad reguladora del servicio, si se puede disponer de los excedentes para mejorar el servicio de trámite aduanero, es porque estos recursos son públicos y no privados, y por tanto, los mismos son auditables, ese es el problema, que no sean auditables. Por último, considero que debemos tomar con cautela, lo concluido en el Amparo en Revisión 968/2005, toda vez que en dicho asunto, el pago de las contraprestaciones, es distribuido de manera distinta a lo que ahora nos ocupa. Efectivamente, el mencionado estudio, se estudió a la luz de las disposiciones vigentes, entre las que se encontraba la regla de Comercio Exterior 1,3,5 para 2004, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 22 de julio de 2004, para el pago por la contraprestación de los servicios de procesamiento de datos, que al igual que hoy, lo hace la misma regla para 2006, disponía: 1° Las oficinas autorizadas, instituciones de crédito autorizadas, concentrarán en la Tesorería de la Federación, la totalidad de los recursos recibidos por las operaciones de comercio exterior, incluyendo las contraprestaciones por los servicios en comento, más el .I.V.A., y el derecho de trámite aduanero que se cause por cada operación. Segundo: Posteriormente, el servicio de administración tributaria, conciliará la información relativa a los recursos concentrados, y comunicará a la Tesorería de la Federación el monto, cuenta contable de aplicación y número de cuenta bancaria que le señale Nacional Financiera, con la finalidad de que la Tesorería, transfiera los recursos fideicometidos en el mismo; y Tres: Una vez realizado lo anterior, la fiduciaria entregará las sumas correspondientes a los particulares, en las fechas y con las formalidades especificadas en las mismas reglas. Lo precedente se puede esquematizar de la siguiente manera, -me salto lo de la esquematización, porque de eso ya se habló, en lo que hemos explicado- De este modo, podemos apreciar que prudentemente, correctamente, legalmente, la Secretaría corrigió el mecanismo para el pago de las prestaciones, ya que ahora es la propia Tesorería, la que recibe todos los recursos, y transcribe, perdón, transfiere, los correspondientes a la fiduciaria, situación totalmente distinta, a la del asunto que ahora nos ocupa, toda vez que en éste, la normatividad aplicable, disponía que las propias oficinas autorizadas, esto es las instituciones bancarias, distribuyeran los recursos captados,

entre lo que correspondería a la Tesorería, por concepto de derecho de trámite aduanero, y al Fideicomiso Aduanas 1, por concepto de contraprestaciones, sin que este dinero ingresara jamás a la Tesorería. Si como se afirmó en la sesión pasada, las contraprestaciones desde que son pagadas por los importadores y exportadores, son recursos privados, y es correcta la manera como se administraban, debemos entonces concluir que la manera en que actualmente se encuentra operando, es decir, a través de un fideicomiso público, en el que las oficinas autorizadas reciben todos los recursos y los canalizan a la Tesorería, quien es la encargada de distribuirlos, la función es irregular, situación que me niego a calificar de tal manera, por el contrario, aplaudo la rectificación de la Secretaría de Hacienda y su esfuerzo por transparentar el manejo de los recursos públicos, y creo que esta Suprema Corte, debe apoyar, pues ¿qué acaso no somos los campeones de la transparencia?.

Gracias, señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Continúa en el uso de la palabra, la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Gracias, señor presidente.

Simplemente, señor presidente, quisiera dar mi opinión respecto de este asunto para fundar mi voto, he escuchado con mucha atención las participaciones de los señores ministros, desde la sesión anterior, en que se inició el debate de este asunto, y quisiera asentar mi criterio. Se viene reclamando un acto en el cual, el Ejecutivo Federal, combate que la Auditoría Superior de la Federación, estableció un pliego de responsabilidades, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando pretendió fiscalizar ésta, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cuenta pública del año dos mil, y le dice el Auditor Superior de la Federación, que le finca un pliego de responsabilidades en virtud de que no enteró los dos mil y tantos millones que constituyó el pago de derecho de trámite aduanero, por ese año, a la Tesorería de la Federación, teniendo la obligación de entregarlos; se inicia este procedimiento de Auditoría, y en este procedimiento de auditoría, aunque le dan tres días a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que manifieste lo que a su derecho convenga, ésta pide que le apliquen algunos plazos establecidos por el Código Fiscal de la Federación en

supletoriedad a lo establecido por la propia Ley de la Auditoría Superior de la Federación; sin embargo, le aplican exclusivamente los tres días para que ellos manifiesten lo que a su derecho convenga, y en ese tiempo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dice que no es auditable toda esta cantidad de dos mil y tantos millones de pesos, toda vez que una parte está referida a un fideicomiso que tiene el carácter de privado y, al ser privado, pues que no tiene facultades el Auditor Superior de la Federación para poder llevar a cabo esta auditoría.

Este fideicomiso por supuesto, y esta cantidad cuyo pliego de responsabilidades se fincó, es con motivo del cobro que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público hace del derecho de trámite aduanero por ese ejercicio fiscal.

Debo mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya en asuntos anteriores declaró la inconstitucionalidad del artículo 49, fracción I, de la Ley de Derechos. El ministro Ortiz Mayagoitia ya había hecho referencia a esto en su participación, simplemente lo recuerdo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya había declarado la inconstitucionalidad de este artículo precisamente por determinar que al establecer el cobro de un derecho ya es jurisprudencia reiterada de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación de que el pago de derechos debe de estar en relación directa con el servicio que se presta, y en este caso, el artículo 49 de la Ley de Derechos establecía como posibilidad para determinar el monto de los derechos a cobrar, el valor del bien cuya importación se va a llevar a cabo.

Entonces, por esta razón la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que este artículo 49 era inconstitucional; sin embargo, en los efectos de este artículo hubo algunas discrepancias de criterio.

La Primera Sala de la Corte estableció en una jurisprudencia que los efectos de esta sentencia no se establecían para que se devolviera toda la cantidad que por derecho de trámite aduanero se había llevado a cabo en el pago correspondiente al pedimento de importación, sino que el artículo 16 de la Ley Aduanera de alguna forma desglosa esta cantidad,

y si bien es cierto que el artículo 49 dice que es el ocho al millar de el pago de los derechos de trámite aduanero, lo cierto es que el artículo 16 de la Ley de Aduanas dice que esta cantidad no se distribuye de manera específica al pago de derecho de trámite aduanero, sino que únicamente corresponde al pago de derecho de trámite aduanero el ocho por ciento del ocho al millar, y que el noventa y dos por ciento restante está referido al pago de servicios de procesamiento electrónico de datos, y que esto va a un fideicomiso que tiene el carácter de privado porque es con el fin de que se le cubra este servicio a entidades de carácter particular, que son las que se encargan de llevar a cabo este procesamiento electrónico de datos.

De tal manera que una vez que se unificaron los criterios, incluso en una decisión que se tomó en el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el juicio de Amparo en Revisión 968/2005, bajo la ponencia del señor ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, se determinó que efectivamente no podía regresársele al particular el total de la cantidad que se había pagado en el pedimento de importación, sino únicamente el ocho por ciento del ocho al millar, que era lo que correspondía de manera exclusiva a la determinación del pago de derechos por trámite aduanero, porque lo demás había sido el pago de la contraprestación de procesamiento electrónico de datos, y esto había sido entregado a particulares a través del fideicomiso que ya mencionó hace ratito de manera muy puntual el señor ministro Silva Meza.

Entonces, de esta forma se estableció como debería entenderse el efecto de esa sentencia en la que se había determinado la inconstitucionalidad del derecho de trámite aduanero.

Ahora, el procedimiento que inicia la Auditoría Superior de la Federación para la fiscalización de esta cuenta pública determina que no se enteraron estos dos mil y tantos millones por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por concepto de derecho de trámite aduanero; sin embargo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo que le contesta a la Auditoría Superior de la Federación es que no todo es auditable. ¿Por qué? Porque una gran parte, que es el noventa y dos

por ciento de esta cantidad, va precisamente a un fideicomiso que tiene el carácter de privado, y que sobre esta base la Auditoría Superior de la Federación no tendría facultades para llevar a cabo una auditoría, puesto que se trata de recursos privados, no de recursos públicos.

En este aspecto yo sentaría primero que nada de que efectivamente dentro del derecho de cobro de trámite aduanero, hay dos tipos de cantidades que en un momento dado pudieran ser auditables en parte, por qué razón en parte, creo que el ministro Cossío ya lo había mencionado en su intervención anterior, en el sentido de determinar de que por lo que hace al cobro de derecho de trámite aduanero, es decir, ese 8% del ocho al millar, por supuesto que son recursos públicos y por tanto sí resultan ser auditables por parte de la Auditoría Superior de la Federación; sin embargo, ese 92% que va al fideicomiso privado, entonces sí ya es discutible y pudiera llegarse a la convicción de que no tiene facultades en un momento dado el auditor superior de la Federación, para llevar a cabo esta inspección.

Si nosotros vemos el artículo 16 de la Ley Aduanera, se desglosa perfectamente bien cómo estas cantidades de alguna manera sí se van a un fideicomiso de carácter privado, y al irse a un fideicomiso de carácter privado que se convierte precisamente en una prestación de servicios, se justifica en esta medida también el cobro del impuesto al valor agregado; si no se tratara de un servicio de esta naturaleza, tampoco estaría justificado el pago del impuesto al valor agregado, y este acreditamiento que sostiene también el artículo 16 de la Ley Aduanera, tanto por lo que hace al impuesto al valor agregado, en su propia mecánica de acreditamiento como impuesto indirecto, también se da respecto del pago de servicio de procesamiento de datos, y por eso se genera también este pago al Impuesto al Valor Agregado.

Entonces, por estas razones, yo creo que la primera parte o la primera pregunta que surge respecto de esta controversia es, si existe o no facultades por parte del auditor superior de la Federación, para auditar este fideicomiso que se establece para en el servicio de procesamiento de datos, yo diría, puede auditar exclusivamente los derechos públicos que surgen del cobro del derecho de trámite aduanero, es decir, de ese

8%, del ocho al millar, que constituye de alguna forma el cobro específico de recursos de carácter público, pero por lo que se refiere al resto de la cantidad que han sido entregados a una empresa, a empresas de carácter privado por la prestación de un servicio, pues esto sí escapa a las facultades del auditor superior de la Federación, y por otro lado se decía, que si tenía la obligación o no de enterar esta cantidad a la Tesorería de la Federación, y esta es la otra parte de esta misma impugnación; por una parte diría, bueno, quizá no tendría la obligación de enterar estos recursos, primero porque no todos devienen precisamente de un recurso público, pero si bien es cierto que el artículo 30 de la Ley de la Tesorería de la Federación, establece que todos aquellos recursos públicos que se obtengan por parte de una autoridad, invariablemente tendrían que ir a la Tesorería de la Federación, lo cierto es que también el artículo 32, me parece, de su Reglamento, establece que en casos como este, en el que derivan de recursos de esta naturaleza, no precisamente recursos públicos, no existe la obligación de que se presenten ante la Tesorería de la Federación; es decir, se presenta una excepción a esta obligación invariable que se establece en la Ley correspondiente, y a este respecto el señor ministro Góngora Pimentel, en la sesión anterior, trajo a colación una situación que en lo personal me parece muy interesante, decía él que si tenía que tenerse o no, como reconvención o como materia de reconvención, el hecho de que dentro de los conceptos de invalidez que formula la Auditoría Superior de la Federación, establece que de alguna forma, el artículo del Reglamento de la Ley de la Tesorería de la Federación, va más allá de lo que establece la propia Ley y que esto lo haría inconstitucional.

Sin embargo, revisando nuevamente los anexos que nos hacen favor de mandar con el proyecto donde se establecen los conceptos de invalidez y donde se establecen algunas cuestiones que en el proyecto solamente vienen sintetizados, vi que efectivamente no hay una impugnación directa como acto reclamado de lo que sería el Reglamento de la Tesorería de la Federación, sí se reclama en los conceptos de invalidez que de alguna forma podría estimarse que va más allá de la Ley, pero analizar vía reconvención un acto que no ha sido determinado expresamente, creo que sería ir más allá de la suplencia de la queja que

en algún otro asunto que este Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto, llegamos a la convicción de que la suplencia de la queja era en función de conceptos de invalidez y de agravios, pero que no podía ir hasta suplir la falta de acto expreso en el que se hubiera o no combatido y en este caso, no hay la determinación expresa de reconvenir respecto del Reglamento de la Tesorería de la Federación; entonces, por esta razón yo me inclinaría que incluso podría declararse la invalidez con esa sola primera parte, simplemente con la determinación de si existían o no facultades para que el Auditor Superior de la Federación, pudiera realizar un pliego de responsabilidades, respecto de recursos que corresponden a un fideicomiso que tiene el carácter de privado y que por supuesto no es un recurso público sin que se le determine la posibilidad de que no pudiera auditar porque sí puede, si tiene facultades para hacerlo, pero exclusivamente tratándose de los recursos públicos que se hacen consistir en el cobro del derecho de trámite aduanero, que ése sí es un recurso perfectamente auditable. En estas circunstancias, señor presidente yo sí me inclinaría por la declaración de invalidez del acto que se viene impugnando. Gracias señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Tiene el uso de la palabra el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano y en seguida la ministra Olga Sánchez Cordero.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: Gracias señor presidente.

Voy a ser muy breve, realmente las refutaciones que escuché a las objeciones al proyecto en la sesión pasada, me parecen tan tenues, tan alegóricas, con capullos y con mariposas que no vale la pena contestarlas en firme, pero veo un error repetido en ellas que me parece que puede ser delicado, se repite 1, 2, 3, cuando menos en 3 ocasiones que se trata de concesionarios, no, no son tales, son autorizados solamente, se dice al último que mediante los cambios actuales se corrigió el mecanismo, yo digo que se reguló diferente porque cambiaron los fideicomisos. Gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Ministra Sánchez Cordero, tiene la palabra.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: Gracias ministro presidente, señora ministra, señores ministros, bueno contrariamente al señor ministro Aguirre Anguiano, yo no preciso ser breve, así que si me permiten esta intervención, puede ser un poquito larga, pero creo que y quiero comenzar porque éste es parte significativa de mi voto y está cimentada en estas consideraciones.

Entonces, contrariamente a lo que dijo el ministro Aguirre, de que iba a ser breve, pues yo, no pretendo ser breve; quiero decir que estoy de acuerdo con el proyecto, quiero fundar el sentido de mi voto, pero también quiero decir que voy con algunas consideraciones, con algunas argumentaciones diferentes.

Señores ministros, quiero comenzar por referirme a la Auditoría Superior de la Federación, a su naturaleza porque parte significativa de mi voto, está precisamente cimentada en la naturaleza de este órgano, la Auditoría Superior de la Federación, es el modelo evolucionado del antiguo mecanismo de revisión de la cuenta pública, cuya tradición histórica se remonta a la antigua Contaduría Mayor de Hacienda que data de 1824, esta institución parlamentaria de control externo, es paralela a los órganos de control interno, o autocontrol del Poder Ejecutivo, función que actualmente recae en la Secretaría de la Función Pública, antes, de la Contraloría y Desarrollo Administrativo y en los órganos de control de las dependencias y entidades de la administración pública federal, cuyos antecedentes más inmediatos fueron: el Departamento de la Contraloría General de la Nación, que funcionó de 1917-1933 y la Secretaría de la Contraloría General de la Federación de 1982-1994.

Originalmente, la fiscalización parlamentaria sobre el Poder Ejecutivo, se instituyó no como un órgano, sino como una mera facultad bicamarista, del Congreso de la Unión, la que en una etapa más avanzada, pasó a ser una atribución exclusiva de la Cámara de Diputados, en donde la

facultad creó la necesidad de instituir un órgano, creándose al efecto la otrora Contaduría Mayor de Hacienda que antes mencioné.

Dicho órgano, fue instituido con la finalidad de establecer un mecanismo de control presupuestal de naturaleza parlamentaria, cuya principal característica, consistía en revisar la actuación del Poder Ejecutivo, en lo relativo a su actuación como ejecutor de programas desarrollados por recursos públicos federales, era un mecanismo de control del presupuesto llevado a cabo por un órgano político y con una actuación restringida exclusivamente a la revisión de la cuenta pública. Sin embargo, en la actualidad, dicho esquema se encuentra modificado por virtud de la reforma constitucional del 30 de julio de 1999, la cual vino a desaparecer a la Contaduría Mayor de Hacienda, para dar lugar al ente de fiscalización superior denominado actualmente, Auditoría Superior de la Federación Este nuevo modelo es diferente a su antecesor y es más, es más parecido a otras instituciones extranjeras, particularmente a una de las etapas evolutivas del ombudsman del Derecho Sueco, surgido en la Constitución de aquel país, el 6 de junio de 1809, particularmente me parece que guarda una similitud funcional, con el modelo del ombudsman dedicado a la fiscalización de las autoridades administrativas suecas, el nuevo órgano fue instituido, no como una limitante, ni limitado aparato de revisión de la cuenta pública, sino como una entidad cuyo objeto es que la función pública se ejerza con absoluta transparencia, con trato imparcial para todos los grupos sociales y ciudadanos, rindiendo cuentas puntualmente sobre la observancia de la Ley y el uso honesto y eficiente de los recursos públicos, según se describió en la iniciativa presidencial del 28 de noviembre de 1995. La finalidad del poder reformador de la Constitución, fue, respetar, alentar y fortalecer las facultades de supervisión y control del Poder Legislativo, sobre los órganos del Poder Ejecutivo, particularmente en materia de control presupuestario y de cuenta pública en sentido amplio, fortaleciendo el equilibrio y las instituciones democráticas, la actuación del nuevo Órgano de Fiscalización Superior, extendió sus objetos de control, ya no se limitó a la revisión de la cuenta pública, sino a un control completo que irradia a todo lo que se relacione con lo que el órgano pueda fiscalizar, tan es así, que las nuevas facultades

comprendieron no sólo la revisión al Estado, sino hasta, puede comprender la revisión de cuentas de particulares relacionadas con la actividad estatal, e incluso puede colaborar con otros entes públicos en el fincamiento de otras formas de responsabilidad, no sólo presupuestal, sino, responsabilidades políticas, administrativas, penal, etcétera, a través de remisiones de los resultados de sus observaciones y de procedimientos, es decir, las facultades de este órgano, fueron ampliadas para dotarlo de una heterogeneidad de medios e instrumentos de control, pero conservando como atribución principal, la revisión de la cuenta pública. Asimismo, se trata de un órgano que significó el producto de una reforma profunda a los órganos de control externo e interno de la gestión pública, como bien se apunta en el proyecto y con lo que estamos totalmente de acuerdo, el decreto constitucional que regula la actividad del Órgano Parlamentario de Fiscalización, se contiene principalmente en los numerales 73, 74, 78 y 79 del pacto federal, en el artículo 73, se faculta al Congreso para expedir la Ley, que regula la organización de la Auditoría Superior de la Federación, así como las demás leyes que normen la gestión, control y evaluación, del sector público federal, pero sobre la decisión fundamental de que la legislación reglamentaria debería distinguir entre las funciones que corresponde al Poder Legislativo y al Órgano de Auditoría Superior de la Federación, donde, le corresponde al Poder Legislativo, la importante función de valoración de esta política general de carácter financiero en materia de presupuesto de egresos y de Ley de ingresos, de cuenta pública y de gestión financiera, mientras que al órgano de Auditoría Superior, le incumbe una función de carácter eminentemente técnica como son las actividades de fiscalización, investigación sobre manejo y aplicación de los fondos o dineros y de los recursos o bienes federales, determinación de daños y perjuicios y promoción de las responsabilidades administrativas y penales, lo que debe facilitar elementos de juicio sustancialmente técnicos al Poder Legislativo al cual corresponde el control político.

En el artículo 74 constitucional, se estableció el apoyo que continuaría brindando el Órgano, a dicha Cámara en la revisión de la cuenta pública, como ocurría con su antecesor la Contaduría Mayor de Hacienda; y se

determinó que debe existir un plazo fijo para la entrega de la cuenta, sin perjuicio de que con anterioridad se presenten informes parciales previos, que permitan una revisión más oportuna.

Esta disposición se debe relacionar con el artículo 79 constitucional, que dispone que el informe final de la revisión de la cuenta y de la actividad financiera, se hará al año siguiente al ejercicio fiscal correspondiente, y no dos años después como ocurrió en el esquema anterior.

Entre las principales características constitucionales de este Órgano de auditoría, además de su carácter técnico, profesional y autónomo destacan las siguientes: su objeto de fiscalización es toda la actividad financiera de los Poderes de la Unión y las entidades públicas federales, respecto de los ingresos, gastos, manejo y aplicación de fondos federales, así como el debido manejo o administración de los recursos y bienes federales que incluyen el patrimonio de la Nación y de las entidades públicas; también están dentro de su contexto de revisión los fondos genéricos y recursos federales correspondientes a los Poderes de la Unión, y de las dependencias y entidades de la administración pública federal, y de los organismos constitucionalmente considerados como autónomos, así como las transferencias o subsidios que otorgue el Gobierno Federal; para alcanzar su objeto, el Órgano está constitucionalmente dotado de plena independencia, respecto al ente fiscalizado, cuenta con autonomía técnica en el desempeño de su función y con la protección jurídica frente a eventuales interferencias, con lo cual, logra configurar una institución con las características que se le han reconocido constitucional y legalmente a estos Órganos, en los diversos sistemas de gobierno de la mayor parte de los países.

En congruencia con el principio de legalidad, las atribuciones del Órgano como autoridad, están claramente establecidas, así como la oportunidad de su función de autoditoría, contraloría y fincamiento de responsabilidades, el Órgano tiene la facultad de determinar modificar, notificar y exigir directamente el cumplimiento de sus resoluciones, pero no hay obstáculo para que pueda solicitar el auxilio del Poder Legislativo, o incluso del propio Poder Ejecutivo, no sólo para coordinar sus labores

de fiscalización, sino también para la aplicación por parte de las autoridades fiscales, de procedimientos de ejecución y cobro coactivo de las responsabilidades que finque como indemnizaciones por daños y perjuicios al erario federal, y al patrimonio de las Entidades públicas, para no duplicar estructuras y costos.

El Órgano además, puede solicitar directamente al Ministerio Público, el ejercicio de la acción penal en caso de encontrar ilícitos en sus investigaciones, para su dirección y administración el Órgano cuenta con una cúpula colegiada integrada por los auditores generales que se señalen por la ley, quienes designarían entre ellos a su presidente.

Los auditores generales y el presidente del Órgano, tendrán las facultades que la ley les señale; lo anterior, desde mi perspectiva, son elementos importantes, para valorar la serie de consideraciones que aparecen en el proyecto que nos presenta la ponencia del señor ministro Gudiño Pelayo, y particularmente en el segmento que declara infundados los argumentos de la parte actora, en este caso el Poder Ejecutivo, representado por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, en los que se cuestionen las facultades del Órgano de fiscalización superior, para revisar los recursos concentrados en el fideicomiso 954-8, relacionados a la cuenta 264-732-492-7 de Nacional Financiera.

Dicho fideicomiso se integró mediante convenio celebrado entre la Tesorería de la Federación y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de manejar una parte de los derechos de trámite aduanero y aun cuando en realidad se trata de recursos públicos por ser contribuciones en la especie de derechos, la actora los calificó de privados.

El proyecto hace dos importantes pronunciamientos: primero, deja en claro los alcances constitucionales de las atribuciones del Órgano de fiscalización, que son amplias, y no se limitan a la mera revisión de la cuenta pública, como se dijo por la parte actora.

Y dos, describe la naturaleza jurídica de las cantidades ingresadas al fideicomiso, objeto del pliego de observaciones.

Con lo anterior, se declaran infundados algunos de los conceptos de los conceptos de invalidez de la actora, que fueron expuestos en el sentido de que el pliego de observaciones controvertido, es inconstitucional por una supuesta inexistencia de atribuciones del Órgano de fiscalización para revisar dicho fideicomiso y posteriormente, aun reconociendo las amplias facultades del Órgano de fiscalización, el proyecto descubre que a la Auditoría Superior de la Federación, le pasó por inadvertido que si bien es verdad que la regla general, es que, todo recurso público que se ingresa por los órganos del Estado a la Tesorería de la Federación, esta regla admite excepciones, una de las cuales se actualiza justamente en este caso, y es que el supuesto regulado en los artículos 30, de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación, 26 y 32 de su Reglamento, y 13 de la Ley de Ingresos de la Federación, pero destacando que en el proyecto se hizo especial énfasis en que el fundamento específico de los dos artículos reglamentarios antes señalados; o sea, el proyecto básicamente se refiere a estos dos artículos del reglamento, y al 13 de la Ley de Ingresos; por no haber considerado la posibilidad de los supuestos de excepción, el proyecto declara la invalidez del acto impugnado, por indebida fundamentación y motivación, ordenando su anulación. En lo personal, estoy de acuerdo con el proyecto, en lo tocante a su solución; sin embargo, creo conveniente hacer las siguientes observaciones; primero, existen dos considerandos cuartos, uno en la página cincuenta y cuatro, y otro en la página sesenta y siete; con el objeto de dar secuencia a la parte considerativa, creo que esto debe ser ajustado; en las páginas ochenta, y ochenta y uno, aparece lo que a continuación se transcribe, se advierte, esto es una cita del proyecto, que los recursos que reconsideración y nulidad que prevé, constituye una facultad a favor de los servidores públicos y los particulares, ya sean personas físicas o morales para impugnar las resoluciones que emita la Auditoría Superior de la Federación; de lo que se desprende que dicho medio de impugnación, no se encuentra reservado para los entes fiscalizados, sino para los servidores públicos o particulares, por lo que el Ejecutivo Federal no estaba en condiciones de agotarlo; así mismo, y esta es la parte en la que no estamos de acuerdo, la procedencia de dichos medios de impugnación, queda exceptuada

cuando se aleguen violaciones directas e inmediatas a la Constitución Federal, y en el caso, la hipótesis que se indica, no se surte, pues en el caso la parte actora formula razonamientos tendentes a acreditar la violación directa a diversos preceptos constitucionales cuyo análisis corresponde a este Alto Tribunal; salvo mejor opinión, me parece, que lo que aparece subrayado, que lo acabo de leer, debe suprimirse, pues la razón efectiva por lo cual la actora no debió agotar el principio de definitividad, es porque el mismo no está previsto para que las autoridades impugnen los procesos de fiscalización superior, sino que únicamente se instituye, para que los particulares recurran los actos de la autoridad fiscalizadora; en este orden de ideas, creo que la señalada parte, es... es decir, se trata de un pronunciamiento a mayor abundamiento que no constituye causa efectiva de la decisión; y si ésta no aparece, el sentido es exactamente el mismo; además de conservarse, confunde, la causa efectiva de la decisión judicial; como consecuencia, en mi opinión, debería eliminarse también la jurisprudencia citada al pie de la página de rubro: **“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA VÍA PREVISTA EN LA LEGISLACIÓN LOCAL, SÓLO DEBE AGOTARSE PARA SU PROCEDENCIA, CUANDO EN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ NO SE PLANTEEN VIOLACIONES DIRECTAS E INMEDIATAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SINO QUE SU TRANSGRESIÓN SE HAGA DERIVAR DE LA VULNERACIÓN A NORMAS LOCALES”**; en el proyecto, se alude varias veces a la existencia de tesis y criterios pendientes de publicación; sin embargo, consideramos que en la actualidad ya aparecen estos en el Semanario Judicial de la Federación; por lo que, debería hacerse la invocación correcta en esta fuente oficial.

Por no guardar relación con el tema y por haber votado en contra del tema que se contiene, solicito, si no tiene inconveniente el señor ministro ponente, se suprima también la cita de la tesis de rubro: **“AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN. SUS FACULTADES ORDINARIAS DE FISCALIZACIÓN, SE ENCUENTRAN LIMITADAS A LA GESTIÓN FINANCIERA DEL ENTE FISCALIZADO”**; en las páginas ochenta y cinco, ochenta y siete, se apunta que es infundada la causa de improcedencia en la que se aduce, en la que se aduce que en esta

acción, únicamente pueden hacerse valer afectaciones a la esfera de competencia de los órganos de poder, así como violaciones directas a la Constitución Federal; por lo que, no es procedente el que se aleguen cuestiones de legalidad, que no redunden en violaciones directas a la Constitución, dado que este Alto Tribunal ha considerado que a través de la controversia constitucional se pueden analizar todo tipo de violaciones al pacto federal; y al efecto se invocan las jurisprudencias del Pleno, 98/1999, 101/1999, 130/1999, salvo mejor opinión, me parece que debería suprimirse las referencias de las dos últimas, y sólo debe quedar la primera por ser la única conducente; en el estudio de fondo que se hace en el Considerando quinto se comienza por estudiar, en primer orden, la serie de conceptos de invalidez -tres de ellos- que se refieren a que la Auditoría Superior de la Federación carece de facultades para revisar el fideicomiso al que se concentró el dinero que es objeto de análisis en esta controversia. Me parece importante que se haga la aclaración que en este orden lógico de estudio de los planteamientos de la actora obedece un principio de mayor beneficio, es decir, se analizan en primer lugar los argumentos que potencialmente podrían encaminar a la obtención de mayor beneficio, para dejar posteriormente el estudio de los que reportan menos beneficios, pues si no se hace esto entonces parecería que el proyecto es incongruente en virtud de que en la parte final se determina que ante lo fundado del argumento sobre fundamentación y motivación se vuelve innecesario el estudio de los restantes planteamientos.

Me parece muy importante señalar que las excepciones a la regla general de concentración de recursos en la Tesorería de la Federación no dimanen exclusivamente del Reglamento del Servicio de la Tesorería de la Federación, como se apunta en las páginas ciento sesenta y nueve, segundo párrafo, y ciento setenta, segundo párrafo, ciento setenta y uno, último párrafo, y ciento setenta y siete, último párrafo, y especialmente en la página ciento setenta y nueve, lo anterior, porque me parece dudoso determinar que un límite a la Fiscalización Superior de la Federación respecto de los actos de un sector del Poder Ejecutivo posea un reglamento elaborado por el propio Ejecutivo y no un convenio celebrado entre dos dependencias del mismo poder. Esto es así porque el proyecto declara que el motivo de excepción a la fiscalización proviene

de los artículos 26 y 32 del Reglamento de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y del acuerdo que establece el mecanismo para que la parte no fiscal del derecho de trámite aduanero se concentre al fideicomiso establecido por esa Secretaría para proporcionar los servicios a que se refiere el artículo 8-B de la Ley Aduanera firmado entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Tesorería de la Federación, ambas dependencias del Poder Ejecutivo.

Creo que se debe dejar en claro, matizar e insistir que existen actos legislativos de la misma naturaleza que los procedimientos de fiscalización que se analizan que reconocen la existencia de estos elementos y desarrollar un apartado que deje en claro que dichas excepciones no son de índole reglamentaria. Las menciones acerca de que existen excepciones a la concentración de recursos públicos a la Tesorería de la Federación creo que pueden elaborarse sobre los siguientes fundamentos: Artículo 13 de la Ley de Ingresos para el dos mil dos, página ciento setenta y cuatro y siguientes, artículo 8° de la abrogada Ley Aduanera y 16 de la vigente en dos mil dos, artículos 30, 31 y 86 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación. Todos estos preceptos ya constan en el proyecto y me parece que la razón que en todo caso debe regir como fundamento de la decisión debe armarse a partir de esos preceptos de naturaleza legislativa y no sobre los preceptos reglamentarios que se invocan en el propio proyecto. Es decir, creo que debe hacerse un intercambio de consideraciones y establecer que los fundamentos principales derivan del reconocimiento del propio Poder Legislativo sobre la existencia de las excepciones a la regla general de concentración de recursos públicos en la Tesorería de la Federación que se derivan de los artículos antes mencionados y que, secundariamente, se sustentan en los numerales 26 y 32 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.

Por otra parte, no se comparte la mención contenida en las páginas ciento ochenta y siete y ciento ochenta y ocho, donde se lee lo siguiente: “No es óbice para alcanzar la conclusión que antecede el argumento de la Auditoría Superior en el sentido de que el artículo 30 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación establece que todos los fondos recaudados deberán concentrarse, invariablemente, en la Tesorería de la Federación. Por lo tanto, los artículos 26 y 32 del Reglamento de la Ley

del Servicio de la Tesorería de la Federación en los cuales basa la demandante su actuación resultan violatorios de dicha norma al establecer excepciones no permitidas por la ley, pues en el artículo 30 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación el legislador ordinario estableció límites al Ejecutivo Federal respecto de la reglamentación del propio artículo, posibilitándolo únicamente para establecer la forma y términos en los que todos los fondos recaudados dentro del territorio nacional serán concentrados invariablemente en la Tesorería de la Federación, sin facultarlo para establecer excepción alguna respecto de tal obligación. Lo anterior (dice el proyecto) “debido a que la aludida Auditoría no tiene facultades para declarar la validez o invalidez de una norma y, como consecuencia, dicha declaración tácita no aplica al tal precepto al momento de emitir una resolución como la que ahora se impugna, en la que se está determinando una irregularidad cometida por el ente auditado pues tal declaratoria compete a los órganos jurisdiccionales, ante quienes debió plantearse tal aspecto, y tomando en consideración el resultado de la determinación que en su momento emitiera dicho órgano, actuar en consecuencia”. Hasta ahí la cita del proyecto.

Las razones por las cuales no se comparte lo contenido en la transcripción anterior, obedece a que: si es necesario en la decisión de esta Suprema Corte, un estudio sobre el respeto y correspondencia que existe en los artículos 27 y 32 del reglamento en comento, con relación a la norma; es decir, solicitaría que se hiciera una consideración destacada, en la que se establezca que no existe una extralimitación a la facultad reglamentaria, pues, en caso contrario, creo que el órgano de fiscalización sí podría desconocer, en casos concretos como éste, el alcance de las normas complementarias administrativas, en aplicación directa de la norma, pues no debe pasarse por alto que dicho órgano fiscalizador tiene un origen legislativo, y por su naturaleza y atribuciones, bien pueden desconocerse los actos administrativos de carácter general que sean incongruentes con el derecho dimanado democráticamente a través del proceso legislativo.

Por último, no hay que olvidar que un reglamento es en realidad un acto administrativo de carácter general, que conforme al artículo 89, fracción I de la Constitución, se emite por el titular del Poder Ejecutivo, para que las normas del Congreso sean cumplidas dentro de la esfera administrativa a su exacta observancia.

Con estas observaciones, con este cambio de perspectiva, pero que está dentro del proyecto, me parece que el proyecto, prácticamente cubre todos los aspectos de la demanda, de la contestación, y yo estaría en favor del proyecto. Gracias presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Tiene la palabra el señor ministro ponente, José de Jesús Gudiño Pelayo.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: En relación a la interesantísima intervención de la señora ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, quiero manifestar que, de alcanzar la mayoría, de ser aprobado por este Pleno, no tendría yo inconveniente en hacerme cargo de todos los cambios de forma que me señala, y los de fondo, pues le pediría oportunidad para reflexionarlos, y quedarían a lo que decida este Honorable Pleno.

Como se precisa en el proyecto, que ahora se presenta, el tema medular de este asunto es determinar la naturaleza pública o privada de los recursos concentrados en el Fideicomiso 954-8, para el pago de la contraprestación por los servicios de procesamiento electrónico de datos, y del seguro reconocimiento aduanero, que son objeto de las observaciones realizadas mediante el acto impugnado. En la consulta, atendiendo al marco legal vigente, se llega a la conclusión de que tal y como se prevén, tales recursos deben ser considerados como públicos. Ahora bien, en la sesión anterior se externaron diversas opiniones en las que se sostenía que tales recursos son privados; sin embargo, es importante tomar en consideración lo que prevé el primer párrafo del artículo 49 de la Ley de Derechos, y el artículo 16 de la Ley Aduanera, que a la letra dice, el primer párrafo de la ley, dice: “Se pagará el derecho de trámite aduanero por las operaciones aduaneras que se

efectúen, utilizando un pedimento, o el documento aduanero correspondiente, en los términos de la Ley Aduanera, y conforme a las siguientes tasas o cuotas”. Y el artículo 16, en su parte respectiva, dice: “La Secretaría podrá autorizar a los particulares para prestar los servicios de procesamiento electrónico de datos y servicios relacionados, necesarios para llevar a cabo el despacho aduanero”; y luego, en el tercer párrafo dice: “La Secretaría determinará las cantidades como contraprestación pagarán las personas que realicen las operaciones aduaneras, a quienes presten estos servicios. Este pago, incluyendo el impuesto al valor agregado, trasladado con motivo de la contraprestación, se acreditará contra el monto de los derechos de trámite aduanero”.

En la parte final, estoy leyendo únicamente lo correspondiente al tema que nos ocupa: "Los derechos y las contraprestaciones a que se refieren el párrafo anterior, se enterarán conjuntamente ante las oficinas autorizadas; la Secretaría determinará mediante reglas el por ciento que del total corresponde a los derechos, a los particulares y el impuesto al valor agregado trasladado con motivo de la contraprestación"; de lo que destaco, que el derecho de trámite aduanero se paga por las operaciones aduaneras que se efectúen utilizando un pedimento o el documento aduanero correspondiente y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá autorizar a los particulares, para prestar el servicio de procesamiento electrónico de datos y servicios relacionados, necesarios, para llevar a cabo el despacho aduanero, que es una función exclusiva de las autoridades aduaneras. Asimismo, que la aludida Secretaría determinará las cantidades que como contraprestación pagará a quiénes presten de sus servicios y que los derechos y las contraprestaciones enterarán conjuntamente en las oficinas autorizadas; por lo que, es de considerarse que los recursos concentrados en el fideicomiso 954-8, para el pago de la contraprestación por los servicios de procesamiento electrónico de datos y del segundo reconocimiento aduanero que son objeto de las observaciones realizadas mediante el acto impugnado, son recursos públicos debido a que las cantidades que paga el importador o exportados de mercancías las paga por la prestación de servicio de trámite aduanero y el Estado las capta a efecto

de prestar este servicio; asimismo, ambos pagos se enterarán conjuntamente en las oficinas autorizadas y la Secretaría determina el porcentaje del total que corresponde a los derechos a los particulares y el impuesto al valor agregado trasladado con motivo de la contraprestación.

Por tanto, con independencia de que como se ha precisado dichos recursos no correspondan a la parte fiscal del derecho, no puede entenderse que son recursos privados que paga un particular a otro, pues el Estado los capta y a éste corresponde su administración; es decir, como lo señaló acertadamente el Ministro Góngora, se trata de ingresos no tributarios que se pagan a los particulares que prestan dichos servicios, respecto de los que la propia Secretaría dictará normas de carácter general, para fijar el monto de las contraprestaciones, adquiriendo la calidad de recursos privados cuando el particular autorizado lo recibe, no antes; es decir, si bien en el pago que se realiza conjuntamente como derecho de trámite aduanero existen ingresos tributarios y no tributarios, no puede considerarse que los recursos que la Secretaría destinará, para el pago correspondiente a los particulares autorizados tenga desde que el Estado los capta, el carácter de privados, puesto que en el pago que hace por tal derecho, se acreditan las cantidades que se destinarán a los servicios de procesamiento electrónico y otros necesarios, para llevar a cabo el despacho aduanero. De manera, que tales recursos son parte del cobro del mismo derecho, debido a que son necesarios, para realizarlo y por tanto, deben ser enterados conjuntamente con el derecho de trámite aduanero, en las oficinas autorizadas.

En efecto, el derecho de trámite aduanero se encuentra dentro de los derechos por servicios aduaneros, prestados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y será pagado por los importadores y exportadores por las operaciones aduaneras que efectúen utilizando un pedimento o un documento aduanero correspondiente, diciendo: "Facultades exclusivas de las autoridades aduaneras, las funciones relativas a la entrada de mercancía al territorio nacional o a la salida de éste y para llevar a cabo adecuadamente el despacho aduanero, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá autorizar a los

particulares para prestar los servicios de procesamiento electrónico de datos y servicios relacionados, determinando las cantidades que como contraprestación pagarán los que realicen ciertas operaciones aduaneras, a quienes presten estos servicios, las cuales se acreditarán contra el monto de los derechos de trámite aduanero, esto último debido a que se trata de servicios que el Estado va a autorizar para el auxilio en el despacho de servicios que le corresponden, y que cobra al gobernado en el ejercicio de sus facultades de imperio, con el objeto de regular la actividad comercial, dentro y fuera del territorio nacional, sin embargo, el particular autorizado no tiene en realidad –y esto es muy importante- una relación contractual con el importador o el exportador, ni puede exigir éste el pago de sus servicios, pues la contraprestación finalmente, será cubierta por el Estado y no por los particulares, y mientras el Estado no la cubra son fondos públicos, se trata entonces de recursos públicos que maneja el gobierno federal, a través de la Secretaría de Hacienda, ya que una vez que el particular los paga, forman parte de los recursos que el Estado maneja, pudiendo éste tener el control de dichos recursos, ya que si bien, el concesionario tiene derecho a recibir la contraprestación, este derecho sólo puede hacer en los términos de las reglas dictadas por la Secretaría en su calidad de autoridad reguladora del servicio, por lo que, si dichos recursos son recaudados como derechos de trámite aduanero, y posteriormente se realiza la división de los recursos, entre los que propiamente es del derecho de trámite aduanero, la contraprestación y el I.V.A., manteniendo la administración de los recursos correspondientes a las contraprestaciones, el Estado mismo, hasta en tanto sean cubiertas, correspondiendo mientras tanto su recepción y administración al Estado, pudiendo éste, como se precisó en la sesión anterior, obtener los frutos civiles que generan tales recursos, deben considerarse como públicos y como productos del Estado, si como se dijo, conforme al artículo 49 de la Ley de Derechos vigente en el momento, el pago que se hace a cambio de los servicios de trámite aduanero es un derecho, por tanto, es un ingreso público en su totalidad, no por el hecho de que el artículo 16 de la Ley Aduanera, se descomponga el pago de ese derecho en tres porciones y que se precise que una de esas partes se destinará al pago de los servicios que presten las empresas autorizadas por la Secretaría de Hacienda, y que faciliten

el reconocimiento aduanero de las mercancías, cantidad que serán determinadas por la propia Secretaría, pues considerarse que desde que son pagadas por los importadores y exportadores, son recursos particulares y nunca pierden esa calidad, ya que es el Estado quien capta estos recursos y posteriormente los destina a pagar un servicio que se realice en auxilio y para facilitar el trámite que realiza el propio Estado; de considerarse lo contrario, debe determinarse, precisarse con qué carácter la Secretaría de Hacienda maneja y destina recursos que son privados y además los exige imperativamente, y a quién debe rendir cuentas respecto al manejo de dichos recursos, ya que es evidente que de ser recursos privados no pueden ser sujetos de revisión de autoridad superior, pero tampoco podría rendir cuentas a los importadores y exportadores de mercancías, ni a los particulares autorizados para prestar servicios relacionados con el trámite aduanero, ya que por lo contrario, éstos últimos están obligados a acatar las disposiciones de la aludida Secretaría”.

Señor presidente, la otra parte del dictamen, se refiere a un tema que todavía no hemos discutido, por lo tanto hasta aquí llego en mi lectura.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Señor ministro Ortiz Mayagoitia tiene la palabra, luego el ministro Juan Díaz Romero y luego el ministro José Ramón Cossío.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: Gracias señor presidente. Me interesa hacer énfasis en un punto, para mí muy importante que me permite argumentar en contra del dictamen que nos ha leído don José de Jesús Gudiño, éste es el siguiente: Cuando se recibe la percepción total, el entero total del llamado derecho de trámite aduanero, no cabe duda que son fondos públicos, pero luego hay afirmaciones que no comparto, se dice que, mientras la Secretaría de Hacienda mantenga la administración de los recursos correspondientes a las contraprestaciones del mismo y que los mantiene hasta hacer el pago al prestador de servicios, el dinero sigue siendo público; yo creo que aquí es necesario precisar en qué momento la Secretaría de Hacienda se desprende de este recurso que el artículo 16 de la Ley Federal de Derechos califica

como propiedad de particulares, tanto en el dictamen del señor ministro José de Jesús Gudiño como en las intervenciones del señor ministro Góngora Pimentel, se dice que esto sucede hasta el momento en que se pagan los servicios al prestador, pero esto no es así, el artículo 16 faculta expresamente a la Secretaría de Hacienda, ya se ha leído varias veces está en la página 152 del proyecto, los derechos y las contraprestaciones a que se refiere el párrafo anterior se enterarán conjuntamente ante las oficinas autorizadas, la Secretaría determinará mediante reglas el por ciento que del total corresponde: 1. A los derechos; 2. A los particulares; 3. El impuesto al valor agregado trasladado con motivo de la contraprestación.

Recibido el entero total en el SAT, no cabe duda que es un ingreso público, pero se creó un fideicomiso particular que es el destinatario de estos fondos, que insisto, la Ley dice: son de particulares; este fideicomiso es el propietario de los fondos que le entrega la Secretaría de Hacienda para que cumpla las funciones, eso no cabe duda en derecho de que el fiduciario es propietario de todos los bienes fideicomitidos, quiere decir entonces, que la Secretaría de Hacienda no se libera de estos fondos, no se deshace de estos fondos hasta que se paga el servicio a quien directamente lo prestó, sino que hace entrega a una bolsa común que maneja un fideicomiso constituido ya por fondos de particulares desde que se da la transmisión de Hacienda al fideicomiso son fondos de particulares.

Dos preguntas planteaba el señor ministro Góngora Pimentel de gran trascendencia: ¿Es Hacienda un gestor de negocios en favor de quienes prestaron el servicio o de quienes lo recibieron? ¡No!, Hacienda recibió el dinero, lo califica en términos del artículo 16, hace las separaciones correspondientes y entrega a un fideicomiso particular que es quien recibe estos fondos en propiedad, el pago que se hace a quien prestó el servicio ya no lo hace la Secretaría de Hacienda, es un pago de particular a particular que está sujeto a contratos de prestación de servicios entre particulares; hay otra característica: los fondos recibidos por el fideicomiso no van a coincidir con el total de sus erogaciones y habrá un remanente que puede acumularse o puede desaparecer

cuando se haga legal disposición de estos fondos, por qué, porque cuando se calcula la porción del pago que es de propiedad particular, se están considerando tres cuestiones: la prevalidación electrónica de datos, la posibilidad, que no necesidad indefectible de un segundo reconocimiento de datos y tres, adquisiciones para mejorar la infraestructura en servicios de trámite aduanero; que quiere decir entonces, que los ingresos que llegan al fideicomiso, no van a salir en la misma cantidad, sino normalmente, salen en cantidad menor a la recibida.

El fideicomiso con los fondos que tiene, paga todos los servicios contratados y queda algo; por qué Hacienda, es la pregunta, dispone de frutos civiles de estos bienes y segundo: de quién serían los bienes al momento de extinguirse el fideicomiso.

No es Hacienda, primera contestación, no es Hacienda quien disfruta, quien acrecienta para el erario público, los frutos de este dinero de particulares, es su dueño y su dueño es el fideicomiso que ha ido cambiando de nombre.

Qué va a pasar con estos bienes cuando se llegara a liquidar el fideicomiso, bueno, esto debe estar establecido en el contrato de fideicomiso, como sucede normalmente con todos los contratos de fideicomiso, pero mi intervención fundamental es, ¡cuidado!, Hacienda no está manejando los dineros que corresponden a particulares, ni los está administrando, ni acrecienta en su favor, con los frutos de estos bienes, los transfiere en propiedad a un fideicomiso y este fideicomiso es el que se encarga de hacer los pagos, disminuye su patrimonio, en esa medida, si tiene excedentes, puede hacer las inversiones o negocios que estén expresamente autorizados en su contrato y tiene, obviamente gastos de administración y un deber de adquisiciones de infraestructura para mejoría del servicio, ese fue el propósito desde que se diseñó la ley en esta medida, así ha venido operando.

Cuál es el gravísimo problema: que habiéndose manejado con este esquema, de pronto le dicen: tenías que haber gastado o aplicado a estos bienes, conforme a todas las reglas de dinero público.

Y esto no se hizo así, seguramente no habrá licitaciones en algunas compras, seguramente los pagos no se requisitan a través de una resolución fiscal que diga: hay que entregar este dinero, pero esa fue exactamente la intención y si pasados algunos años, se audita el fideicomiso con parámetros de cuenta pública federal, pues obviamente aparecerán muchas irregularidades, que no significan ni buena administración ni mala administración, sino simplemente que la aplicación de los fondos, se hizo como que son privados y no públicos. Yo creo que este punto de distinción, para mí es de la mayor importancia

¿En qué momento Hacienda se desliga de los fondos? Cuando los pasa en propiedad al Fideicomiso Aduanas 1, actualmente tiene otras siglas FACLA, antes tuvo otras; se han liquidado fideicomisos anteriores y conforme al contrato correspondiente se han aplicado los bienes que lo conformaban.

Yo por tanto, sigo convencido en que el punto total de el proyecto no se ajusta a la interpretación jurídica derivada directamente de la ley y de los antecedentes que la generaron. Estoy convencido de que una vez que estos bienes se entregan al fideicomiso, han salido del control de la Secretaría de Hacienda, son particulares y por tanto no son auditables por la Auditoría Superior de la Federación.

Esto no es en modo alguno ir en contra de la transferencia, seguramente habrá otras formas de auditar, probablemente estén pactadas en los mismos contratos de fideicomiso, es simplemente determinar una cuestión de competencia. ¿Quién puede auditar?.

Gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Han solicitado el uso de la palabra el ministro Juan Díaz Romero, el ministro José Ramón Cossío, la ministra Olga Sánchez Cordero y el ministro ponente Gudiño Pelayo.

Tiene la palabra en ese orden el señor ministro Juan Díaz Romero.

SEÑOR MINISTRO DÍAZ ROMERO: Gracias señor presidente. Como todos los asuntos que nos toca resolver en el Pleno, son no solamente complejos, sino muy difíciles; y a mí me resulta muy interesante el dictamen que nos ha leído el señor ministro Góngora, porque nos hace pensar al respecto.

Yo, a través de esta breve intervención que tendré, solamente quisiera yo manifestar cuál es la razón de mi voto.

Empiezo por decir y reiterar lo que ya tantas veces se ha dicho aquí. El artículo 16 de la Ley Aduanera, es tan importante como estaba antes el que no corresponde, sino al 8-B anterior, y de él debemos de partir; y el último párrafo de este artículo 16, nos establece que el derecho de tramitación aduanera, que debemos entender derecho de tramitación aduanera, no en el sentido de derecho fiscal, porque está incluido aquí dentro de este amplio rubro de derecho de trámite aduanero, tres fuentes principales: la primera fuente o génesis, es el pago del derecho de aduanas propiamente dicha que establece el artículo 49, en la fracción I, si no mal recuerdo de la Ley Federal de Derechos; la otra fuente es el pago por el procesamiento electrónico de datos y del segundo reconocimiento aduanero, que la propia Ley nos está diciendo que es de carácter particular, porque es lo que se cubre, lo que pagan los contribuyentes a una determinada empresa que se maneja con fideicomiso o mediante un fideicomiso, y que establece determinada cantidad; y, finalmente el pago del impuesto al valor agregado por ese pago de los particulares a particulares.

Bueno, entonces tenemos en realidad tres fuentes diferentes, dos de ellas netamente ingresos públicos y el otro permítanme dejarlo por un

momento en interrogación, que es el pago por el procesamiento electrónico de datos.

Así las cosas, el artículo 16, en su último párrafo nos dice que estas tres corrientes de pago se hacen, dice, a través, “se enterarán conjuntamente ante las oficinas autorizadas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”, y obviamente las aduaneras. Ahí van las tres corrientes, los tres pagos. Ahora bien, observemos que el propio artículo 16 nos dice que la Secretaría determinará mediante reglas el por ciento que del total corresponde a los derechos, a los particulares y al impuesto al valor agregado, trasladado con motivo de la contraprestación, pero ¡ajojo!, los tres ingresan a las oficinas de recaudación, no cabe duda que las tres ingresan, pero cuidado, debemos tomar en consideración que allí dentro de esas tres corrientes aparece una que corresponde a los particulares, nada mas que no es líquida todavía, para ser líquida, la Secretaría dice, “tiene que hacer el porcentaje mediante reglas, el por ciento que del total corresponde a los derechos, a los particulares y al impuesto al valor agregado”. Y ahí es donde el señor ministro Góngora, y posteriormente, desde el primer momento, el señor ministro ponente y ahora nos lo acaba de reiterar es donde dice, bueno, de todas maneras ya entraron a las oficinas públicas, y desde ese momento ya son fondos públicos; ahí está la duda, y ese es el problema fundamental, pero yo digo, lo que pasa es que no es líquido todavía para los particulares, ahí está efectivamente en un mismo saco metidas las tres corrientes, pero lo que corresponde a los particulares, todavía no se liquida, hasta que se liquida por parte de la Secretaría, conforme a las reglas que da, el porcentaje que le corresponde a los particulares, hasta ese momento se devuelven, bueno, pero eso quiere decir que en el momento, no sé si sería un minuto o un mes o un año, no sé cuánto tiempo haya estado en poder esa bolsa común de la Secretaría, ¿qué en ese momento son públicos o son privados?; para la Auditoría Superior de la Federación, desde el momento en que entra, ya son públicos, y públicos siguen siendo, no de otra manera se entiende lo que estamos examinando respecto del pliego, del pliego correspondiente que ustedes verán, por favor, si son tan amable, a partir a la página 131, el pliego de observaciones; y en la página 135, aparece apercibimiento legal, y dice, en la página 136: “En

ese sentido, se considera como información que deberá rendir el servicio de administración tributaria tendiente a la solventación del pliego de observaciones, entre otra, copia certificada de la documentación correspondiente al trámite y medidas dictadas respecto de la irregularidad escrita, en el dictamen técnico de veinticuatro de mayo de dos mil cuatro, relativas a la falta de entero a la Tesorería de los ingresos provenientes del derecho de trámite aduanero, durante dos mil dos, por un monto de dos mil dos millones de pesos”. Esto es, para la Auditoría Superior de la Federación no se hace distinción entre lo que manifiesta o lo que señala el artículo 16, en su último párrafo de los montos que son públicos y aquellos que son privados, todo eso debes entregar a la Tesorería y esto es lo que de alguna manera me preocupa a mí, porque creo que inclusive en el dictamen del señor ministro Góngora, esos fondos que se van a pagar a los particulares, no los considera públicos. Leamos sino, en la página 2 del dictamen que nos acaba de leer y que de alguna manera reitera lo que en la sesión anterior manifestó, dice en el tercer párrafo: “Lo que sostuve en la sesión pasada, es que los recursos son públicos porque por disposición legal, son enterados al Estado”.

Esto es según el Diccionario de la Lengua Española: “Pagar, significa entregar dinero”, asimismo, corresponde al Estado su administración en su calidad de otorgante de la concesión, hasta en tanto son entregados a los particulares.

¡Ojo!, también creo yo, si mal no entiendo, también se señala que son fondos particulares, aun cuando los recaudan las oficinas públicas, los tiene que entregar a los particulares.

Y esto me parece que no lo entiende así el Pliego de Observaciones respecto del cual nos tenemos que pronunciar, porque el Pliego dice: “No, entrégale todo” y si ya la Secretaría entregó o devolvió o entregó o pago a los particulares la cantidad correspondiente a los fondos particulares, una vez que aplicó las reglas y estableció el porcentaje correspondiente, de dónde va a sacar la Secretaría todos los miles de

millones que le exigen que le de a la Tesorería, sería imposible y si ya los entregó.

Eso es, creo yo, la parte correspondiente que debemos verificar, porque si desde el punto de vista un poco abstracto decimos y si estos fondos son públicos porque en un momento dado los tuvo en su bolsa la Secretaría y no los entregó a la Tesorería o de alguna manera no se hace esta distinción, entonces llegamos a la conclusión de que estamos resolviendo una cosa diferente de la que se nos está planteando.

Recordemos que el Pliego de Observaciones le está diciendo a la Secretaría que devuelva todo o más bien que entregue todo a la Tesorería incluyendo los fondos que son privados.

Ahora bien, después del cambio de impresiones que hemos tenido el día de hoy, viendo lo que señala el señor ministro Góngora y acepta el señor ministro ponente, de si son verificables o no verificables, auditables o no auditables todas estas cantidades que por este concepto de derecho de trámite aduanero, capta la Secretaría de Hacienda.

Yo digo, sí son auditables pero no en la forma en que lo está proponiendo el Auditor Superior de la Federación, son auditables en cuanto, creo yo que tiene facultades para verificar una vez que entraron esas tres corrientes, cuánto tiempo te dilataste para dar o pagar ese dinero a los particulares, qué hiciste con ellos, los administraste, los pusiste a trabajar, no sé, y efectivamente hiciste bien la cuenta conforme a tus reglas, a ver, conforme a la regla tal, dentro de cuánto tiempo debías hacerlo, conforme a la regla tal qué porcentaje le correspondía, vamos a ver si efectivamente aplicaste correctamente ese porcentaje.

Pero eso no es lo que está haciendo la Auditoría, la Auditoría le está diciendo entrega todo a la Tesorería, yo creo que eso no se puede, cuando menos, desde mi punto de vista, así juzgado, no puede entenderse que hay validez de este Pliego de Observaciones.

Gracias, señor presidente.

¡Perdón, señor! Una cosa nada más, estoy de acuerdo con los puntos resolutivos que nos presenta el señor ministro don José de Jesús Gudiño Pelayo, pero creo que debe formularse alguna consideración para establecer que estos fondos no son públicos, son privados. Y no es que no sean auditables, pueden ser auditables, pero en el momento en que llegan a la Secretaría; pero tampoco exigir que se entreguen todos, porque ya los entregó, seguramente, a los particulares.

Gracias señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE.- Tiene la palabra el señor ministro José Ramón Cossío.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ.- Gracias señor presidente.

Creo que hay aquí varias cuestiones, no abundaré sobre las que a mi juicio han quedado muy claras de las intervenciones de los señores ministros Ortiz Mayagoitia y Díaz Romero, y en la mañana la del ministro Silva Meza.

En el dictamen del ministro Góngora se dice que el argumento en relación con el I.V.A., no es un argumento determinante pues, dice él: “Estamos hablando de momentos diferentes, ni el oficio impugnado ni la litis versan sobre el destino final de las contraprestaciones, sino sobre la naturaleza con la cual éstas ingresan al Estado.”

Yo creo que este asunto –que es interesante– está resuelto adecuadamente en el segundo párrafo del artículo tercero de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. Cuando se citó esto no es para ver cuál era el momento de la entrega, sino era justamente para tratar de demostrar, en términos de este precepto, cuál era la naturaleza de este tipo de elementos tributarios que estamos discutiendo.

Entonces, sí me parece importante reiterar esta cuestión, porque si no va a dar la impresión de que se está discutiendo como un momento de entrega, un momento de generación; cuando lo que el artículo dice es: La Federación, el Distrito Federal, los Estados, los Municipios, así como los organismos descentralizados y las instituciones públicas de

seguridad social, tendrán la obligación de pagar el impuesto –el del I.V.A. por supuesto- únicamente por los actos que realicen que no den lugar al pago de derechos o aprovechamiento.

Entonces aquí sí me parece que es importante hacer este señalamiento, porque si no, se presentaría una condición confusa.

Un segundo argumento que plantea el ministro Góngora, es que debemos tomar con cautela lo concluido en el Amparo en Revisión 968/2005, dice él: “Toda vez que en dicho asunto –fíjense ustedes en esto- el pago de las contraprestaciones es distribuido de manera distinta a la que ahora nos ocupa.”

Yo quiero reiterar que cuando se resolvió, el 15 de noviembre del año pasado, este Amparo 968/2005, por unanimidad de 11 votos, lo que se dijo fue lo siguiente, cito: “El monto por el procesamiento electrónico de datos no forma parte del sistema de derecho por trámite aduanero a que se refiere el artículo 49, fracción I, de la Ley de Derechos –y aquí está lo relevante- porque no constituye una contribución ni tiene matices fiscales.”

Es cierto, como lo dice el ministro Góngora, que la regla 1.3.5 para 2004 era diferente a la de 2002; sin embargo, ello no afecta en modo alguno a la afirmación que hicimos, en el sentido de que no constituyó una contribución ni tenía matices fiscales. Ahí, me parece que lo dividimos con pulcritud en ese mismo sentido, por lo cual, entiendo yo, que sí es aplicable a esta parte del asunto este mismo argumento.

En cuanto a los argumentos que ahora nos presenta el ministro Gudiño Pelayo en su dictamen, estoy en la página 3; y en la página 3 él nos dice, en el último párrafo: “Así mismo ambos pagos se enterarán conjuntamente.” A mí la expresión conjuntamente, como lo resolvimos en el asunto 968, me da la idea de distinción. Si algo se entrega conjuntamente significa que son dos cosas diferenciables, no sólo por el artículo 16 de la Ley Aduanera, sino también por el artículo 3° de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. Y en ese sentido, sigue diciendo: “En las oficinas autorizadas y la Secretaría determinará el por ciento que del total corresponda a los derechos a los particulares y el impuesto al valor agregado trasladado con motivo de la contraprestación.”

En la siguiente página creo que está la afirmación alrededor de la cual se ha construido el proyecto: “No puede entenderse que son recursos privados que paga un particular a otro, pues el Estado los capta y a éste corresponde su administración.” Luego entonces, lo que diga el artículo 16, lo que hayamos dicho en el precedente, lo que hayamos dicho o lo que diga el legislador, el I.V.A., o lo que se haya dicho, inclusive la Ley de Ingresos no es relevante, solamente por el hecho de que hay una captación por parte del Estado de ese recurso.

Si éste fuera un argumento fuerte a mi entender, a la inversa debería proceder; si un particular recibe un dinero para después entregarlo al Estado, ese dinero que reciba el particular, que constituya en fondo privado, o al revés, todo recurso, -todo recurso- que capte el Estado, aun cuando después le dé un destino final, lo etiqueta y le determina esta naturaleza, a mí en esa parte me parece complicado.

En la página cinco del propio dictamen del señor ministro Gudiño, a mí me parece que la construcción que hace, a mí me reafirma en el sentido que he venido sosteniendo esta posición; se dice en el tercer renglón: “y para llevar a cabo adecuadamente el despacho aduanero, la Secretaría de Hacienda podrá autorizar a los particulares para prestar los servicios de procesamiento electrónico de datos y servicios relacionados, determinando las cantidades que como contraprestación pagarán los que se realicen a ciertas operaciones aduaneras a quienes presten estos servicios, las cuales se acreditarán contra el monto de los derechos del trámite aduanero, esto último debido a que se trata de servicios que el Estado va a autorizar para el auxilio en el despacho de servicios que le corresponden y que cobra el gobierno en ejercicio de facultades de imperio y con el objeto de regular la actividad comercial dentro y fuera del territorio nacional”; es decir, creo que en este caso queda más claro en la segunda parte del dictamen que, si bien es cierto que aquí se reciben dineros –como lo decían algunos de los señores ministros-, después van teniendo una diferenciación, de forma que el argumento central de la mera recepción, me parece que no etiqueta de una vez y por todas, la naturaleza jurídica de estos elementos.

Otra opinión en contra del proyecto, es la que manifestó la señora ministra; a mí me pareció muy interesante lo que dijo sobre la historia y sobre los fines generales de la Auditoría; sin embargo, yo no veo en este caso, cuál es ese sentido a donde nos conducen esos antecedentes, por lo siguiente: lo que estamos teniendo enfrente es una regla de competencia, no estamos frente a la determinación de las funciones generales de la Auditoría Superior; lo que tenemos enfrente es un problema en donde, con motivo de la revisión de la cuenta pública dos mil dos, aparecieron, lo que a juicio de la Auditoría Superior, son ciertas irregularidades; lo que se trata de determinar hoy es cuál es la naturaleza jurídica de los recursos, si la Auditoría está relacionada con la democracia, que yo creo que sí, -lo hemos sostenido en otros votos, varios de los aquí presentes-, si está relacionada, todo eso me parece muy importante; pero aquí el problema central es: quién audita y quién no audita unos recursos; de forma tal que si a mi juicio el artículo 3º, de la Ley del I.V.A., el artículo 16 de la Ley Aduanera, la Regla 1.3.5, la Ley de Ingresos en su artículo 13, generan un contexto en este caso, yo creo que las reglas de competencia se aplican en el sentido más estricto que en otro tipo de elementos normativos, como podrían ser los derechos fundamentales.

A mi juicio también, hacer una interpretación de los artículos 30 de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación y 32 y 26 de su Reglamento, me parece una petición de principio, puesto que me parece a mí que estos artículos se están refiriendo a recursos públicos, estrictamente dice: "los recursos públicos"; bueno, pues, si se dice estos artículos son aplicables, ya entonces, se generó una condición que los demás no estamos compartiendo, porque no consideramos que haya recursos públicos; entonces, sí decir, vean ustedes cómo el Reglamento lo demuestra, para poder ver que el Reglamento demuestra tal afirmación, previamente se nos tuvo que haber convencido –cosa que entiendo, varios de los aquí presentes no aceptamos que hubiera ahí una condición de recurso público-.

Entonces, me parece que antes que entrar a decir toda la serie de cuestiones que se pueden hacer con estos artículos que acabo de citar, pues, se tendría que llegar a desvirtuar el argumentos de la Ley

Aduanera –insisto-, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la propia Ley de Ingresos y de la Regla 1.3.5, que son estos los artículos que determinan la mecánica general; convencido de esa condición, tendríamos que ir viendo las excepciones; pero antes de esto, éste sería el caso al cual tendríamos que llegar.

Y finalmente, creo que la última intervención del señor ministro Díaz Romero, es muy importante.

Lo que el ministro Díaz Romero, si yo mal no entiendo, lo que está diciendo es: sí existen un conjunto de posibilidades para la Auditoría Superior de la Federación, de llevar a cabo la auditoría respecto de esos bienes, hay reglas para la Secretaría de Hacienda, reglas seguramente para el Fideicomiso, en la forma en que deben haberse diferenciado los recursos, y ahí sí, no generarle un quebranto a la hacienda pública nacional.

Me parece que éste es un asunto importante que no había salido a la discusión, la Auditoría puede determinar cómo se estuvieron haciendo las diferenciaciones, las entregas, los montos, si se generan estos productos financieros de los que se ha estado hablando y en qué montos, ahí sí me parece que hay una atribución y una atribución importante, pero de eso, a ordenar que lo que se ha determinado, tanto por esta Suprema Corte de Justicia, como por las propias condiciones del fideicomiso, como contraprestación, se tenga que entregar y a título de qué, se entregan recursos que claramente ya fueron trasladados, como lo explicaba el ministro Ortiz Mayagoitia, a un fideicomiso que están en disposición de un fideicomiso para la recuperación de sus gastos; si la Auditoría Superior en lugar de pedir esta devolución de estos importantes montos de estos recursos, hubiere dicho: vamos a revisar si la Secretaría de Hacienda hizo sus distinciones, aplicó sus reglas, etcétera y una vez aplicadas se corren los destinos, me parece ahí que se hubiera podido haber hecho eso, entonces en ese sentido creo que también hay ahí un problema en la forma en que fue planteado este pliego técnico y me parece que es muy importante, para también no dar la impresión de que se está tratando simplemente de etiquetar rápido y pronto unos recursos y decir: bueno, estos recursos están en la condición privada y ahí nadie se puede meter; no, sí se puede meter y lo

dice muy bien Don Juan, en el sentido de ver cuáles son los sistemas de distribución. Yo, esa parte, me parece muy importante y creo que si se mantuviera la votación, que esto iba dando, creo que se podía poner en un engrose después, en la posición mayoritaria; si se mantiene la tendencia de la votación, me parece que es muy importante recuperar también en este sentido la transparencia y ver que sí hay cuestiones que se pueden, con límites y con formas, pero también en el sentido de no generarles quebrantos a la Auditoría Pública.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE.- Han solicitado el uso de la palabra la ministra Sánchez Cordero, el ministro Gudiño Pelayo, el ministro Góngora Pimentel y el ministro Valls Hernández, se los reservo con gusto para después del receso.

(SE DECRETÓ UN RECESO A LAS 13:00 HORAS)

(SE REANUDÓ LA SESIÓN A LAS 13:25 HRS.)

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Se levanta el receso, continúa en uso de la palabra tal como lo había anunciado, la ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: Muchas gracias ministro presidente, bueno antes que nada quiero decir que también estoy de acuerdo con la declaratoria de invalidez de este pliego de observaciones sin duda alguna, por algunas razones que están en el proyecto y por otras que ya mencioné; sin embargo, el ministro Cossío me dice: bueno, aquí es cuestión de competencias, y estoy absolutamente de acuerdo en que ésta es una cuestión de competencias, si tiene o no este órgano de fiscalización las atribuciones y por eso hice todo este recorrido histórico muy sintetizado, para arribar a la conclusión que está en la página cien del proyecto, que establece, si ustedes me permiten dice lo siguiente: Por otra parte los lineamientos constitucionales vertidos en relación con las facultades de la entidad de fiscalización superior de la Federación, fueron retomados en la Ley de Fiscalización Superior de la Federación el veintinueve de diciembre del dos mil, ordenamiento que en lo que

interesa establece: Artículo segundo: “Para los efectos de la presente ley se entenderá por... fracción VI.- Entidades fiscalizadas, los Poderes de la Unión, los entes públicos federales, las entidades federativas, municipios que ejerzan recursos públicos federales, los mandatarios, los fiduciarios o cualquier otra figura análoga, así como el mandato fideicomiso público o privado que administre cuando haya recibido por cualquier título recursos públicos federales y en general cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada que hayan recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales”. Yo lo que quiero decirles es que en este caso, en mi opinión y por eso coincido con el proyecto, es que en primer lugar como lo dice categórica y textualmente esta Ley de Fiscalización Superior de la Federación en estos términos del artículo segundo, fracción VI, son desde luego auditables estos fideicomisos públicos son fiscalizables en estos términos; en este caso la Secretaría de Hacienda es fideicomitente y finalmente por qué, el dinero lo maneja la Secretaría de Hacienda y en mi opinión, porque es precisamente fideicomitente el caso es que obviamente un ente, es un fideicomiso público, en mi opinión, también se pueden auditar incluso el dinero privado, si existe un nexo con una actividad estatal y sobre todo con un tipo de fideicomiso como el que está constituido; estoy de acuerdo en la invalidez, estoy de acuerdo que por las razones que se dieron en el proyecto y por las que yo dije, se tiene que declarar esta invalidez, pero sinceramente, yo estimo que debe quedar muy claro, que en este caso, la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, sí le da facultades a la entidad de fiscalización superior de la Federación para que fiscalice estos recursos, muchas gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Muy brevemente señor presidente, bueno yo creo, como ha quedado muy claro lo decía de Juan Díaz Romero, aquí se están planteando dos problemas, en primer lugar si los recursos de derecho de trámite aduanero, son recursos públicos o son recursos privados, y en segundo lugar, si son recursos privados y esa es la decisión de la mayoría, ya no habrá que entrar a investigar el

otro tema, pero el proyecto parte de que son recursos públicos, por eso se ocupa del artículo 30 del Reglamento, de la excepción; yo creo que prácticamente ya se ha dicho todo, pero quisiera hacer algunas precisiones, los preceptos que menciona el ministro Cossío, no señalan de manera conclusiva si el órgano superior de auditoría, pueda auditar o no, simplemente está hablando del destino de esos bienes, de cómo se van a dividir, pero si ya lo dijera con precisión, pues no estaríamos nosotros aquí, ni tampoco se hubiera planteado posiblemente en esta demanda.

Yo creo, y así lo sostengo, que todo dinero que recibe el Estado con motivo del ejercicio de las funciones públicas, aun cuando todo ese dinero o parte de ese dinero, tenga como destino los particulares, puede y debe ser auditado, no es motivo de la litis el determinar con que regla se va a auditar, pero bueno, ya lo decía Don Juan Díaz Romero, pues si se entregó en tiempo, si no se le sacó algún beneficio indebido, si son las cantidades correctas, no lo sé, pero una cosa es que el dinero tenga un destino privado, y otra cosa es que el dinero desde que entra a el Estado sea privado para efectos de auditoría. Yo creo que aquí es donde está el problema, no hay duda de que el dinero parte de este derecho, tiene un destino privado, sí, pero lo administra el Estado, tan es así, que la Secretaría de Hacienda, es el único fideicomitente de ese fideicomiso, de ese fideicomisario, además, tiene el derecho de modificar y revocar dicho fideicomiso a su voluntad. Bueno, dónde está el perjuicio que esto se audite, y se vea si con una regla o con otras, esto hizo buen uso, hizo correcto, yo creo que es parte de la rendición de cuentas, y también el Estado debe rendir cuentas de los fondos que recibe, aun cuando esos posteriormente tengan un destino privado.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Ministro Góngora Pimentel.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: También creo que se ha dicho todo, es nada más para concluir. La Secretaría fue la que creó oficiosamente el fideicomiso, no lo hizo en cumplimiento de la ley, legalmente a ella le corresponde entregar los recursos de las contraprestaciones a los particulares autorizados, si por medio de la

creación de un fideicomiso privado estimamos que esta obligación legal, ya desapareció, entonces estamos burlando la ley y la función pública, legitimando que a través de un fideicomiso privado, se dé un manejo arbitrario a recursos que tienen legalmente la calidad de públicos; legitimamos también la figura del fideicomiso privado, que fue utilizado para escapar del control de la Auditoría. Se sostiene que la Secretaría es la que reparte los recursos, no, son las instituciones de crédito, las que residían de acuerdo con las reglas de carácter general, los recursos del derecho de trámite aduanero, y eran éstas las que hacían la repartición entre la Tesorería y el fideicomiso, sin que estos pasaran por la Tesorería o alguna oficina pública, ese es el problema, y en eso consiste la observación de la Auditoría, el problema es que se brincaron el paso por la Tesorería. Gracias señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Tiene la palabra el señor ministro Sergio Valls Hernández.

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: Gracias señor presidente, como aquí reiteradamente se ha manifestado, creo que sobre este tema ya se ha dicho prácticamente todo. Únicamente y de manera muy breve, yo quiero resaltar tres puntos. El primero es que los únicos ingresos que percibe el Gobierno Federal en ejercicio de sus funciones, y que por supuesto deben enterarse a la Tesorería de la Federación, son los ingresos que se generen por impuestos, derechos, aprovechamientos, productos, contribuciones de mejoras, ingresos de organismos y empresas públicas, tales como las aportaciones de la seguridad social, y los ingreso derivados de financiamiento. Todos estos están contenidos en el artículo 1° de la Ley de Ingresos del año 2004, en esa virtud o partiendo de ello, la Secretaría de Hacienda, viene enterando a la Tesorería de la Federación, solamente los derechos por el trámite aduanero y el I.V.A., correspondiente, pero no la contraprestación por el servicio de procesamiento de datos y el I.V.A., por esa prestación, eso no se viene a enterar. Esto se corrobora con una jurisprudencia de la Primera Sala, que en su parte conducente, el rubro es: “**DERECHOS DE TRÁMITE ADUANERO, EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO POR LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA**

FRACCIÓN I, DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY DEL DERECHO RELATIVO”. Y, en la parte conducente, esta jurisprudencia de la Primera Sala, reza: Que los efectos de la concesión del amparo, serán que se devuelva al quejoso, la cantidad que en estricto sentido constituye el derecho por el trámite aduanero, previsto en la fracción antes citada, sin que dicha devolución deba incluir las cantidades que de conformidad con el artículo 16, de la Ley Aduanera, correspondan al particular autorizado para prestar los servicios de procesamiento electrónico de datos y servicios relacionados, así como el impuesto al valor agregado, que corresponde a dicha prestación de servicios, pues estos dos últimos conceptos no forman parte del pago del derecho de trámite aduanero, por el que se concedió el amparo, a esto habría que agregar la tesis del Pleno, a la que ya se refirió el antecedente del Pleno, el ministro Cossío, en el **AMPARO EN REVISIÓN 968/2004**, resuelto por este Pleno, en este mismo sentido, y se otorgó al amparo a los quejosos, en el sentido de que la autoridad responsable, -Hacienda-, devolviera las cantidades que por concepto de derechos de trámite aduanero, hubieran pagado, aclarando que sólo les correspondía a tales quejosos, la cantidad que resultara de disminuir al monto, efectivamente pagado, por concepto de derecho de trámite aduanero, el que correspondía a la contraprestación del servicio de procesamiento electrónico de datos, y servicios relacionados a que hace referencia, el artículo 16, de la Ley Aduanera, y el impuesto al valor agregado, que se cause por dicha prestación de servicios. Creo que esto precisa lo que ya se ha venido diciendo, y máxime con esos dos antecedentes de esta Suprema Corte, a nivel Pleno, y a nivel Sala.

Gracias, señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Señor ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: Gracias, señor presidente. Nada más quiero recordar a los señores ministros, que el texto del párrafo tercero del artículo 1º, de la Ley Federal de Derechos, y rogarles que lo interrelacionen con la parte correspondiente, la parte final del artículo 16, de la misma Ley, y aquélla que refiere la determinación

porcentual de las contraprestaciones por el servicio de trámite aduanero, en cuanto a la cuestión electrónica. Dice el párrafo correspondiente: Cuando se concesione o autorice que la prestación de un servicio que grave esta Ley, se proporcione total o parcialmente por particulares, deberá disminuirse el cobro del derecho que se establece por el mismo, en la proporción que represente el servicio concesionado o prestado por un particular respecto del servicio total. Qué nos está diciendo la Ley, que del importe del derecho, la parte de la contraprestación, no es derecho, es contraprestación, entonces yo no entiendo cómo se puede burlar la Ley, cumpliendo con ella.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Creo que ha sido consenso, pensé que todos iban a coincidir en que ya estaba suficientemente discutido.
Ministra Luna Ramos.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Gracias, señor presidente.

Nada más agregar un dato, a mí me hizo favor el señor ministro Góngora, de facilitarme su dictamen, en la parte donde determinaba que la regla que se estaba utilizando, incluso en el engrose del **AMPARO EN REVISIÓN 968/2005**, era prácticamente la regla de dos mil cuatro, y que quizás ésta, no operaría en función de la revisión que se está haciendo, a partir de dos mil, y creo que en algún momento se menciona dos mil dos, pero lo cierto es que pedí de favor que me localizaran las reglas misceláneas que preceden a esta regla publicada en dos mil cuatro, que es la que se utiliza en este engrose, donde se está determinando cómo se lleva a cabo la distribución del derecho de trámite aduanero; sin embargo, encuentro que sí, en reglas anteriores, incluso se da exactamente la misma situación, esta es la regla vigente en el año dos mil, desde el año dos mil, encontramos que para efectos del artículo 16, último párrafo de la Ley, los derechos y las contraprestaciones a que el mismo se refiere se pagarán en las instituciones de crédito autorizadas. Los contribuyentes deberán considerar el pago efectuado en los siguientes términos: "...", y fija el porcentaje que de acuerdo a la contraprestación de servicios por procesamiento electrónico de datos debe darse, "así como el porcentaje que debe de cubrirse por concepto

de impuesto al valor agregado, y se considera como pago efectuado por la prestación de los servicios de apoyo y control de despacho aduanero relativos al segundo reconocimiento a las empresas autorizadas, y como I.V.A., trasladado por dichos servicios, las cantidades señaladas en el anexo tres de esta resolución. Que una vez considerados los pagos por los conceptos a que se refieren los rubros anteriores, el saldo se considerará como pago por concepto de derecho de tráfico aduanero, previsto en los artículos 49 y 50.”

Que esto coincide realmente, incluso lo único que varía, podría decir, son los porcentajes en los que se daba, pero coincide realmente con la interpretación que este Pleno dio en el Amparo en Revisión 968/2005, donde se dijo que por qué razón no tenían que devolverse esas cantidades al particular, situación en la que yo aclaro que en aquel entonces no estaba tan de acuerdo, pero no por las razones de que se determinara si era público o privado o si debía enterarse o no a particulares, sino porque en un momento dado en el acto de aplicación que en ese entonces implicaba el pedimento de importación no se encontraba especificado el artículo 16 que establecía este desglose.

Pero también llama poderosamente mi atención la intervención del señor ministro Díaz Romero, en el sentido de determinar que si bien es cierto que la Auditoría podría auditar todos aquellos ingresos que se reciben, incluso en las instituciones, por concepto global de derecho por trámite aduanero, la forma de fiscalización de estos recursos no puede ser en el mismo sentido de que si se trataran prácticamente de recursos públicos.

¿Por qué razón? Bueno, pues porque finalmente si esto está establecido en el artículo 16, que puede ser para pagarse a empresas particulares por este servicio como prestación de tal, y respecto del cual se va a cobrar un I.V.A., por ser una prestación de servicio, evidentemente la forma de auditar no puede ser la misma, independientemente de que se obligue a la autoridad incluso a enterar estos recursos a la propia Tesorería de la Federación; que también en las reglas misceláneas se establece, y en el propio artículo 16, la obligación de constituir una cuenta en una institución bancaria específica, pero no necesariamente

en la Tesorería de la Federación, que eso es lo que implica en este momento el pliego de responsabilidades.

Gracias, señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Por las distintas intervenciones que ha habido, me parece que nadie se ha pronunciado en contra del resolutivo del proyecto, parece ser que hay consenso en cuanto a que se debe declarar la invalidez de esa resolución, pero la parte considerativa sí ha habido división.

Yo creo que las posiciones son relativamente claras, parte de quienes han hecho uso de la palabra estiman que se tratan de recursos privados, y por lo mismo no pueden estar sujetos a la Auditoría Superior de la Federación.

Con el matiz que se ha señalado y que probablemente quienes sostengan esa postura podrían aceptar, de que esto no implica que no puedan asomarse, porque en el fondo aun para determinar como se hizo esta distribución, indudablemente que existen estas atribuciones.

Creo que esto sería suficiente para justificar la invalidez, y si esta fuera posición mayoritaria, se declarararía la invalidez con base en esta posición, en caso de que la mayoría fuera con el proyecto, ahí estaría el conjunto de argumentos idóneos para justificar esa invalidez; de manera tal que si no tienen ustedes inconveniente, podemos pedirle al señor Secretario General de Acuerdos que tome la votación en ese sentido.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Sí señor presidente.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: Por la invalidez de los pliegos de observaciones, ya que según mi parecer la Auditoría Superior de la Federación carece de facultades para auditar estos fideicomisos privados.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Yo voy a razonar el sentido de mi voto. Aun cuando tengo muchas dudas sobre la naturaleza del fideicomiso y sus funciones, la Auditoría Superior de la Federación no

impugnó el fideicomiso, y no cabe suplir la deficiencia de la demanda introduciendo nuevos actos en términos del artículo 40 de la Ley del 105. En segundo lugar, a mi juicio, debido a la mecánica que en precedentes anteriores le hemos dado al derecho de trámite aduanero, es posible diferenciar los recursos a efecto de asignarlos como fondos públicos o fondos privados.

En el presente caso no es posible que la Auditoría Superior de la Federación solicite la devolución a la TESOF, de los fondos propios de un fideicomiso privado, e insisto, no impugnado así por la propia Auditoría, por lo cual debe declararse la invalidez del pliego de observaciones a que hace alusión el proyecto en su tercer resolutive. Lo anterior sin perjuicio de que la Auditoría pueda, como lo decía el señor ministro Díaz Romero, ejercer sus funciones de Auditoría respecto a la Secretaría de Hacienda, en lo concerniente a la manera como asigna los montos correspondientes derecho de trámite aduanero causado, pago de la contraprestación por servicio de procesamiento electrónico de datos y pago del servicio por segundo reconocimiento aduanero.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: También por la invalidez del pliego de responsabilidades, en los términos planteados por el ministro Díaz Romero y corroborados por el ministro Cossío.

SEÑOR MINISTRO DÍAZ ROMERO: En el mismo sentido del señor ministro Cossío Díaz.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Igual.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Con el proyecto y con las observaciones que hizo la ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: En los términos del ministro Cossío Díaz.

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: Porque se declare la invalidez del pliego de observaciones de la Auditoría Superior de la Federación, por las razones que apunté, no por las que consigna el proyecto.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: Sí, también por la invalidez de los pliegos de observaciones, sólo que con las razones que da el

proyecto y con las observaciones que me permití hacerle al proyecto y que aceptó el ministro Gudiño.

SEÑOR MINISTRO SILVA MEZA: Por la invalidez del pliego, en los términos y consideraciones que sintetiza el ministro Cossío.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE AZUELA GÜITRÓN: En los términos del voto del ministro José Ramón Cossío Díaz.

Antes de que de el resultado de la votación, yo preguntaría al ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano y al ministro Sergio Valls, si no compartirían ese argumento que dio el ministro Díaz Romero.

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: Sí, desde luego que sí, de mi parte.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: Sí, cómo no, nada tiene que ver con el fideicomiso, pero lo acepto.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Bien, entonces ya puede usted dar la votación.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Señor ministro presidente, hay unanimidad de once votos en el sentido de declarar la invalidez a que se refiere el tercer resolutivo del proyecto.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Bien, sin embargo hay unanimidad de votos por invalidez, y hay una mayoría de nueve votos porque se trata de fondos privados, pero la Auditoría Superior de la Federación, estará en posibilidad, y que esto pues coincidiendo de algún modo con el ministro Aguirre Anguiano, es un argumento aclarativo, para que no vaya a derivar que estamos sosteniendo que no puede la Auditoría Superior de la Federación, hacer ninguna observación relacionada con este punto, yo creo que sí aclara suficientemente.

ENTONCES, POR ESA MAYORÍA SE APRUEBA EL PROYECTO EN LA PARTE RESOLUTIVA Y EN LA PARTE CONSIDERATIVA HABRÁ QUE HACER EL ENGROSE.

Señor ministro Gudiño.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Bueno, aquí hay dos situaciones en el proyecto, los anula porque son de carácter público y yo propondría pues que el engrose lo hiciera algún ministro de la mayoría, probablemente el ministro Cossío que fue el que jaló la votación.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Sí señor.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: El ministro Díaz Romero.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Ministro Díaz Romero.

SEÑOR MINISTRO DÍAZ ROMERO: Si no hay inconveniente, ha reserva de que yo remita a todos ustedes un proyecto de engrose, yo me encargaría del engrose.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Bien, pues le agradecemos al ministro Díaz Romero que haga favor de hacernos el engrose, y nos ofrece además distribuirlo para que le pudiéramos formular alguna observación.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Señor ministro Gudiño.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Que dejaré mi proyecto con las observaciones que hizo la ministra, como voto particular.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Bien, se reserva a ministro Gudiño dejar su proyecto como voto particular.

Señor ministro Góngora.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Yo también me uniría a ese voto particular.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: Gracias.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Entonces ya cambió la votación.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: Sería también voto de minoría, ministro.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Bien, un voto de minoría, ministro Gudiño, Sánchez Cordero y Genaro Góngora.

Pregunto al ministro Góngora si en realidad contabilizamos bien su voto, porque esto me hace suponer que son ocho, tres.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Es cierto, son ocho, tres.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: O sea si el ministro Góngora coincide con el ministro Gudiño y la ministra Sánchez Cordero.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Así es.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: ENTONCES SERÍA, PARA RECTIFICAR LA VOTACIÓN, OCHO VOTOS CON LA POSICIÓN DEL MINISTRO DÍAZ ROMERO Y TRES VOTOS CON LA POSICIÓN DEL PROYECTO E INCLUSO QUIENES HAN VOTADO EN ESTE SENTIDO, FORMULARÁN VOTO DE MINORÍA.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Sí señor.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Bien, pues si les parece, se cita a la sesión privada que tendremos dentro de unos momentos y esta sesión se levanta, citando a la sesión pública del día de mañana a las once horas en punto.

(TERMINÓ LA SESIÓN A LAS 13:55 HORAS)