

ÍNDICE

CONTENIDO DE LA VERSIÓN TAQUIGRÁFICA DE LA SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL JUEVES 10 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 style="text-align: center;">3 A 57</p> <p>EN LISTA.</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 JUEVES
DIEZ DE AGOSTO DE DOS MIL SEIS.**

ASISTENCIA:

**PRESIDENTE SEÑOR MINISTRO:
EN
FUNCIONES: JUAN DÍAZ ROMERO.**

SEÑORES MINISTROS:

**SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO
JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS
GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL
JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO
GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA
SERGIO ARMANDO VALLS HERNÁNDEZ
OLGA MARÍA SÁNCHEZ CORDERO
JUAN N. SILVA MEZA.**

**AUSENTE: SEÑOR MINISTRO:
MARIANO AZUELA GÜITRÓN.**

(SE INICIÓ LA SESIÓN A LA 11:05 HRS.)

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Se abre la sesión.

En virtud de que el señor presidente de la Suprema Corte en este momento se encuentra cumpliendo una comisión de su cargo, asumo la dirección de estos debates como ministro decano y en los términos del artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Dé cuenta.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Sí señor, con mucho gusto.

Se somete a la consideración de los señores ministros el proyecto del acta relativa, a la sesión pública número setenta y cinco, ordinaria, celebrada el martes ocho de agosto en curso.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Si no hay observaciones al acta se pregunta a los señores ministros si se aprueba en votación económica.

(VOTACIÓN FAVORABLE)

APROBADA.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS:**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 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.

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 EN FUNCIONES: Señor ministro ponente, tiene la palabra.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Señor presidente, esta controversia constitucional la promueve el Poder Ejecutivo Federal contra la Cámara de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión y la Auditoría Superior de la Federación.

Los actos reclamados son la Ley de Fiscalización Superior de la Federación y el pliego de observaciones número 057/2004 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.

El sentido del proyecto es: Por lo que hace a la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de diciembre de dos mil, procede sobreseer en la presente Controversia Constitucional, toda vez que al no acreditarse que el acto impugnado es el primer acto de aplicación, su impugnación resulta extemporánea, pues debe atenderse a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, lo que ocurrió el veintinueve de diciembre de dos mil. Por tanto, el plazo de treinta días a que se refiere la fracción II del artículo 21 de la Ley Reglamentaria de la materia transcurrió en exceso.

Respecto al pliego de observaciones número 057/2004, clave de auditoría 02-06E00-2-245-001 de dieciocho de junio de dos mil cuatro, la presentación de la demanda resulta oportuna.

Respecto a los conceptos de invalidez que hace valer la parte actora tendientes a demostrar la inconstitucionalidad del pliego de observaciones devienen infundados los tres primeros conceptos de invalidez, en los que aduce la actora, que el acto impugnado viola los artículos 74 y 79 de la Constitución Federal, y en vía de consecuencia los artículos 49, y 133 constitucionales, debido a que la Auditoría Superior de la Federación, carece de facultades para revisar los recursos sobre los que versa el pliego de observaciones, dado que dichos recursos y el fideicomiso que los concentra, son de naturaleza privada.

Lo anterior, alegan, debido a que si bien, de conformidad con lo que establecen los artículos 74 y 79 de la Constitución Federal, y diversos preceptos legales, la facultad conferida a la Auditoría Superior de la Federación, se encuentra limitada a la revisión de los recursos públicos que manejan los Poderes de la Unión y las entidades federales; y en general cualquier persona que por cualquier circunstancia se le haya encomendado el manejo y custodia de los recursos públicos del Estado; lo cierto es que los ingresos provenientes del derecho de trámite aduanero, así como los depósitos en el fideicomiso 954-8 para el pago de las contraprestaciones por los servicios de procesamiento electrónico de datos y del seguro de reconocimiento aduanero, son objeto de las observaciones realizadas mediante el acto de impugnación pública. Estos motivos de inconformidad se consideran infundados, en virtud de que se estima que sí se trata de fondos públicos, y por lo tanto sí tiene facultades para auditarlos la Auditoría Superior de la Nación.

Por otra parte, se considera fundado el concepto de invalidez relativo a que el pliego de observaciones impugnado, no está debidamente fundamentado y motivado, violando lo establecido en los artículos 16, 49, 74, 79 y 133 de la Constitución Federal, debido a que la entidad fiscalizadora al emitir el acto impugnado, determinó que las irregularidades detectadas, se refieren a que el Servicio de Administración Tributaria no enteró a la Tesorería de la Federación las cantidades precisadas en dicho pliego, proveniente de la contraprestación por los servicios de procesamiento electrónico de datos, y servicios relacionados con el derecho de trámite aduanero, a la Tesorería de la Federación; sin embargo, al emitir tal determinación, no tomó en consideración las excepciones al principio de concentración de los recursos públicos que se prevén en el artículo 32 del Reglamento de la Tesorería.

En efecto, de lo establecido en los artículos 30 de la Ley de Tesorería, 26 y 32 del Reglamento de la aludida Ley, y 13 de la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal de dos mil dos, se concluye: que tal y como lo alude el Poder actor, el Reglamento de la Ley de Servicios de la Tesorería de la Federación, sí prevé excepciones a la regla general de

concentración de recursos recaudados por el Gobierno Federal en la aludida Tesorería, destacando que una de esas excepciones se actualiza cuando así lo determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o la Tesorería de la Federación, y la referente a que por disposición legal, estén destinados para fines específicos de las propias Dependencias, y tengan encomendada su administración, hasta por los montos autorizados por la Secretaría; asimismo, que dentro de las excepciones que prevé la Ley de Ingresos, se encuentra la referente a los ingresos que se recauden por los diversos conceptos y que se destinen a un fin específico. Asimismo, en las constancias que obran en el expediente, se encuentra la copia certificada del acuerdo que establece el mecanismo, para que la parte no fiscal del derecho del trámite aduanero se concentre al fideicomiso establecido por esta Secretaría, para proporcionar los servicios a que se refiere el artículo 8° de la Ley Aduanera, en consecuencia, el proyecto propone: "Que es parcialmente procedente y parcialmente fundada la presente controversia; se sobresee, como ya se dijo, respecto al artículo 87 y se declara la invalidez del pliego de observaciones número 057/2004, clave de auditoría 02.-06E00-2-245-001.

Esa es en síntesis el sentido del proyecto señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Muchas gracias señor ministro ponente.

Tiene la palabra el señor ministro Góngora Pimentel.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Señor presidente, si permite usted que se repartan.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Por supuesto, sí señor.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Gracias.

¿Me permite usted la palabra, señor presidente?

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Tiene usted la palabra señor ministro.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Gracias.

No tengo yo observaciones ni en competencia, ni en oportunidad, ni en legitimación activa, ni en legitimación pasiva, tampoco en causal de improcedencia; en cuanto al fondo, verán ustedes que pienso, –salvo la mejor opinión de este Tribunal Pleno– que existe una reconvención en la contestación a la demanda, debemos orientar este análisis en torno a la contestación a la demanda de la Cámara de Diputados y de la Auditoría Superior de la Federación, tal y como de la lectura del proyecto, a foja 25 se desprende: "Las autoridades demandadas, –en el punto 12, comienza en la foja 25– ...

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Tiene la palabra el señor ministro, parece que hay una observación.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Exactamente, sí señor muchas gracia y una disculpa al ministro Góngora, que había iniciado la lectura de su dictamen.

El ministro Góngora dice que, por lo que entendí, que no tiene problemas, vamos a decir de procedencia y ya estaba él argumentando sobre el fondo, creo que sí hay algunos que tenemos cuestiones de procedencia; entonces, tal vez antes de continuar con ese tema pudiéramos ver si esto...,

¿Verdad señor presidente?

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Sí, las cuestiones de procedencia, en este caso de improcedencia son preferentes a las de fondo.

La opinión del señor ministro Góngora Pimentel, da por hecho que no existen observaciones a las cuestiones de improcedencia.

¿Señor ministro, estaría de acuerdo en que se examinaran las cuestiones...?

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Sí, cómo no; que mi ilustre colega hable de esas cuestiones de procedencia o de improcedencia.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: El señor ministro Cossío Díaz tiene observaciones en la materia de procedencia, tiene la palabra.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias señor presidente y le agradezco mucho al señor ministro Góngora y a usted señor.

El problema que se presenta, es que en la página 14 del proyecto la parte actora hace una impugnación de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación; básicamente su argumento lo hace consistir, en que esta Ley es inconstitucional, pues no establece los periodos, tiempos o plazos con que cuenta la Auditoría para llevar a cabo las atribuciones constitucionales, lo cual a su entender sujeta al ente auditado o deja al ente auditado en un estado de indefensión durante el procedimiento y frente a sus consecuencias al carecer de seguridad o certeza jurídica, respecto de la actuación del ente auditado.

Este asunto se responde más adelante diciendo, que en realidad es extemporánea la impugnación de esta Ley, puesto que en otras ocasiones ya se habían hecho aplicaciones a la misma, de hecho ése se le había aplicado a la Secretaría de Hacienda. -estoy en la página cincuenta y cuatro del proyecto-

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: ¿En la cincuenta y cuatro?

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Sí señor, dice: “De lo que se desprende que tal y como lo aducen las autoridades demandadas, a partir de revisión de la cuenta pública de 2001, se aplicó en perjuicio del Poder Ejecutivo, actor, la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, por lo que se concluye que el pliego de observaciones número “tal”, no es el primer acto de aplicación de la aludida Ley. Al haber arribado a la conclusión que antecede, procede sobreseer en la presente controversia, respecto a la Ley de Fiscalización, toda vez que al no acreditarse que el

acto impugnado es el primer acto de aplicación su impugnación resulta extemporánea, y aun atendiendo a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, lo cual ocurrió el veintinueve de diciembre de dos mil, el plazo de treinta días a que se refiere a la fracción II del artículo 21 de la Ley Reglamentaria, transcurrió en exceso, por lo que igualmente su impugnación, con motivo de su publicación resulta extemporánea.” Y en la página cincuenta y cinco, se concluye: “De acuerdo con lo anterior y al haberse quedado acreditado que se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción VII del 19 de la Ley Reglamentaria, resulta procedente sobreseer en la presente controversia, respecto de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, de conformidad con lo dispuesto en la fracción II del artículo 20 del mismo ordenamiento legal.”

Yo sobre este tema, tengo y lo planteo verdaderamente como duda varias cuestiones, en primer lugar, creo que en las controversias constitucionales hemos tenido consideraciones distintas a las que se hacen respecto de la materia o del procedimiento de amparo, aquí qué es lo que acontece, que la impugnación que se está haciendo respecto de la Ley por parte del Ejecutivo Federal, la está construyendo en relación con el acto mismo de aplicación, me parece que contestarle: “oye esa Ley ya te la habían aplicado en otros casos y nunca la impugnaste, o, esa Ley se publicó en el Diario Oficial y no la impugnaste dentro de los treinta días”; me parece que no es la técnica general que hemos estado siguiendo en las controversias constitucionales, creo que aquí hay tesis diferenciadas, la relación entre derivados y consentidos, por una parte, por otra parte, pues excepciones para fijar y resolver la cuestión, efectivamente planteada, de forma tal, que me parece nos debiéramos pronunciar sobre los argumentos, por lo demás que son bastante escasos del Ejecutivo Federal, en torno a la inconstitucionalidad de este precepto, y no declarar su sobreseimiento, insisto, me parece que esto tiene una buena técnica en los procedimientos de amparo, pero que no se compadece con lo que se ha sostenido en las controversias en otros momentos, y lo planteo, señor presidente como una duda más, que como una posición determinada sobre este particular.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Este asunto es preferente, efectivamente, y sobre él sugiero que cambiemos impresiones. Tiene la palabra el señor ministro Ortiz Mayagoitia.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: Gracias señor presidente. Tengo anotada también en mi proyecto la misma observación, de los antecedentes que narra el proyecto, aparece la aplicación de la Ley a la Secretaría de Hacienda, en otros procedimientos de auditoría, pero el agravio es muy específico, tiene que ver con el término de duración del procedimiento de auditoría y tiene que ver con una garantía formal que establece el Código Fiscal, para los sujetos que son objeto de una fiscalización, una vista, un plazo de vista por veinte días para formular objeciones a los resultados de la auditoría; consideraba yo, que esta tesis, el establecimiento de un plazo para culminar una fiscalización, obedeció a un criterio garantista, la seguridad del domicilio, dijo el Poder Judicial, permite, el artículo 16 de la Constitución, permite a la autoridad la intromisión en el domicilio particular de las personas, pero esto no puede ser permanentemente, tiene que haber un plazo razonable para que esta violación al domicilio, porque la garantía se llama de inviolabilidad del domicilio, se justifique, y se empezaron a conceder amparos por la falta de un término para poner fin a un proceso de fiscalización; el asunto tiene una particularidad, desde la óptica de Hacienda y la postura que defiende es que el procedimiento de fiscalización la toma ella como intermediario, pero que la fiscalización se está haciendo a un particular, que es un fideicomiso particular y que como fideicomiso particular tiene las mismas garantías que las personas físicas y morales y es que tiene un domicilio y este domicilio se debe respetar; entonces, adujo un concepto de legalidad en el cual sostiene que el Código Fiscal de la Federación en el establecimiento de este plazo y garantías formales para la fiscalización de los sujetos privados es aplicable supletoriamente a la Ley Federal de Fiscalización, la Auditoría Superior no acepta esto, dice que se rige directamente por la Ley de Fiscalización y que no tiene por qué aplicar supletoriamente el Código Fiscal de la Federación; el planteamiento de inconstitucionalidad aparece ad cautelam, porque dice la Secretaría de Hacienda: sostengo que el Código Fiscal de la Federación sí es aplicable supletoriamente y si esto

se me resuelve de manera adversa y la Corte estima que no hay esta aplicación supletoria , entonces la Ley de Fiscalización de la Federación es inconstitucional, porque permite la intromisión de los auditores por el tiempo que les plazca para la realización de una auditoría; destaco que está de por medio un fideicomiso particular y que el argumento es directamente de violación al artículo 16 de la Constitución; consecuentemente, no comparto la conclusión del proyecto de que como hay actos anteriores de fiscalización a la Secretaría de Hacienda como entidad fiscalizada ella directamente ya éste es un ulterior acto de aplicación que importa el consentimiento de la ley, yo propondría que se suprima este Considerando que determina el sobreseimiento de la ley porque habrá que atender la manera en que está planteado el concepto de violación, primero que nada, determinar si el Código Fiscal es o no supletorio y, en caso de que, digamos: no es supletorio vendrá el necesario análisis de inconstitucionalidad de la ley de fiscalización; traía yo, pues registrada esta misma observación al tema de procedencia.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Aunque el señor ministro Ortiz Mayagoitia ya se internó un poco en el planteamiento del fondo del problema, es obvio que coincide con el señor ministro Cossío Díaz, en el sentido de que es necesario estudiar más a fondo la cuestión de improcedencia y se inclinan porque, efectivamente, no se da la causal, pero creo que sobre esto debemos establecer la discusión, tiene la palabra la señora ministra Luna Ramos.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Gracias señor presidente. Sí, yo también traía una observación similar respecto de esta declaración de sobreseimiento de la Ley de la Auditoría Superior de la Federación y, efectivamente, creo que no es la razón la que se da en el proyecto suficiente para poder determinar que debiera sobreseerse porque ya se le aplicó en otros procedimientos y, efectivamente también, analizando los conceptos de invalidez sí se hacen valer en dos sentidos: uno. respecto del tiempo que debiera durar la auditoría y, otro, respecto de los plazos que se debieran aplicar dentro del procedimiento, incluso, para el ofrecimiento de pruebas, si dentro de estos plazos pudiera o no ser aplicable el Código Fiscal de la Federación, yo creo que debe

desestimarse la causal de improcedencia y en ese caso, analizar la segunda propuesta que se hace también dentro de las causales de improcedencia, respecto de este mismo acto que está en relación con una tesis emitida por este Pleno, en el sentido de que cuando se trata de un acto de carácter legislativo, si en un momento dado el Ejecutivo Federal no llega a vetar esta Ley o no llega a formular alguna observación en este sentido, pudiera estimarse el carácter consentido; yo creo que tendría que precisarse si se sigue sosteniendo el criterio establecido en esta tesis, que de alguna manera se está haciendo valer por la Auditoría Superior de la Federación su aplicación, porque es un criterio sostenido por este Pleno, que pareciera ser que no es de la, pues, que no todos los señores ministros están de acuerdo con su aplicación, pero que sí tendría que ser motivo de estudio, de análisis y de pronunciamiento, porque sería el paso siguiente para analizar esta causal de improcedencia, porque se hace valer por una de las partes; entonces, yo creo que si se determina primero que nada, que se debe de entrar al estudio de la causal de improcedencia de manera distinta como la aborda el proyecto, el paso siguiente sería éste: se va a analizar en los términos que está propuesto en la siguiente parte para aplicación o no de esta tesis y en el caso de que se llegara a desestimar, entonces estaríamos en la posibilidad de determinar, que habrá que analizar el fondo, ya haciéndonos cargo de los conceptos de invalidez que el ministro Ortiz Mayagoitia ya había mencionado.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Veo que los tres señores ministros, perdón, la señora ministra que ha intervenido, coinciden en una cosa, coinciden en que no se da la causal de improcedencia que viene propuesta en el proyecto y nada más que ahorita, en este momento, la señora ministra va un poco más adelante, dice: tendríamos que examinar otra causal de improcedencia.

¿Les parece bien que centremos sobre este aspecto la discusión?, no he oído una opinión diferente; ¿hay alguna opinión en el sentido de que sí se da la causal establecida, conforme lo establece o lo propone el proyecto?.

Si no es así, pasamos a votación, de que no se da esa causal y entramos a estudiarla.

Tome la votación.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Sí señor.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: No se actualiza esa causal de improcedencia.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Igual.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: En los mismos términos.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: En los mismos términos.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Igual.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: En el mismo sentido.

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: No se actualiza esa causal de improcedencia.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: No se actualiza.

SEÑOR MINISTRO SILVA MEZA: Igual.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES DÍAZ ROMERO: Igual.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Señor ministro presidente hay unanimidad de diez votos en el sentido de que no se actualiza la causal de improcedente, que se menciona en el proyecto.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Entonces, dada esta votación, sugiero que se plantee o se diga en la resolución, que no se da esta causal de improcedencia, en virtud de que se toma como punto de referencia para contar el plazo de promoción de la demanda, el mismo acto de aplicación que se viene impugnando.

Si están de acuerdo en ello, pasemos al otro aspecto de la otra causal de improcedencia a que hizo referencia la señora ministra Luna Ramos; no sé si considerarán, es decir, que podamos hacerlo de una vez o dejamos que el señor ministro ponente lo estudie y obviamente, también tendría que estudiar en su caso el fondo.

Pregunto.

Tiene la palabra el señor ministro Gudiño.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Si no hay necesidad, me gustaría aplazar para adecuar el proyecto en ese sentido, estudiar la otra causal de improcedencia y en su caso, tener una respuesta para el fondo y también hacerme cargo de otras cuestiones muy interesantes que estoy viendo ahorita en el dictamen tan interesante, como todos los dictámenes que nos presenta el ministro Góngora.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: En cuanto al fondo.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: En cuanto al fondo.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Si.
Tiene la palabra el señor ministro Ortiz Mayagoitia.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: Creo que el caso es muy especial, compañeros ministros.

Significaba yo, que el tema de inconstitucionalidad de la ley está planteado ad cautelam, tan solo para el caso de que no se compartiera el criterio de la Secretaría de Hacienda, relativo a que el Código Fiscal de la Federación es aplicable supletoriamente y debe aplicarse a los procedimientos que realiza la Auditoría Superior de la Federación.

Entonces, desde mi óptica muy personal, si tuviera razón en cuanto a este tema de legalidad o al otro que es el toral y que llevaría a la invalidación total de los actos desplegados por la Auditoría Superior de la Federación, sin posibilidad de reiterarlos; esto haría innecesario el estudio de los demás conceptos de anulación planteados, incluyendo el que se hace valer en contra de la ley, porque insisto, se plantea de manera cautelar, sólo para el caso de que no tuviera razón en el aspecto central de constitucionalidad.

Mi propuesta muy respetuosa al Pleno sería, ya que nos hemos tomado todos el trabajo de hacer el estudio de este importante asunto, que

discutiéramos el tema de fondo y a partir de allí decidir cuál es la consecuencia jurídica de la decisión.

Esa es mi propuesta.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Sin embargo, debemos tomar en consideración que superada una causal de improcedencia, subsiste la otra, y tendríamos por lógica, que ponernos a estudiar esta otra causal.

Tiene la palabra la señora ministra Luna Ramos.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Si señor presidente. De alguna manera sí se hizo valer esta otra causal y el proyecto ya no se hizo cargo porque había desestimado la procedencia de la ley, con fundamento en la que viene aduciendo en el proyecto.

Sin embargo señor presidente, creo que es algo que se podría discutir, porque al final de cuentas este es un criterio que creo que ya ha sido superado.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Que se podría discutir en este momento.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Sí, ya ha sido superado por el mismo Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con otras tesis. Yo tengo a la mano la tesis que se dice en la demanda, pudiera ser aplicable y que se hace valer como causal de improcedencia, y también tengo a la mano otras tesis que este Pleno ha sustentado en diferentes asuntos que se vieron con posterioridad, que pudieran estimar que el criterio quedó superado y de esta manera podríamos desestimar también esta causal de improcedencia y determinar que el análisis de la Ley pudiera quedar como estudio de fondo.

Si ustedes me permiten, les podría leer las tesis que en un momento dado podrían ser aplicables.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Perdón, es que hay dos proposiciones en este momento: la del señor ministro Gudiño Pelayo que pide que se aplace para que se haga cargo de estos problemas; y la otra, para simplificar que es necesario que estudiemos la otra causal de improcedencia de una vez para que la resolvamos acá, en este Pleno.

Tiene la palabra el señor ministro ponente.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: No tengo inconveniente en lo que decidan.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Muy bien. Entonces, podemos discutir la segunda causal de improcedencia. Adelante señora ministra Luna Ramos.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Gracias señor presidente. Miren, la tesis que se hace valer como aplicable para la causal de improcedencia es de este rubro:

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL PROMOVIDA POR EL GOBERNADOR DE UN ESTADO EN CONTRA DE UN DECRETO DE CUYO PROCESO LEGISLATIVO NO HIZO VALER EL DERECHO DE VETO. ES IMPROCEDENTE POR NO AGOTAR LA VÍA LEGALMENTE PREVISTA PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO, ASÍ COMO POR CONSENTIMIENTO”.

Les leo el cuerpo de la tesis, para tener una idea de qué era lo que se había dicho en ese asunto, dice: “El ejercicio de la facultad que tiene el gobernador de un Estado para objetar dentro del proceso legislativo el decreto que le envía el Congreso local para su sanción, promulgación y publicación, conocida como derecho de veto, expresa su desaprobación y falta de consentimiento con el decreto por vicios de inconstitucionalidad, por defectos o por inconveniente. Ahora bien, si el gobernador ejerce dicha facultad y pese a ello el Congreso insiste en su posición, aquél debe promulgar la ley y ordenar su publicación; pero ello por la fuerza de las normas constitucionales y legales más no por su consentimiento, lo cual lo legitima para promover la controversia

constitucional en contra de la ley que se vio obligado a promulgar, -que se vio obligado a promulgar-, pero si en su oportunidad no hace valer el derecho de veto, tal omisión -este es el problema- tal omisión implica su plena aprobación y consentimiento respecto al contenido del Decreto proveniente del Legislativo. De modo que por tales razones, la controversia constitucional que pretendiera promover, sería improcedente, en términos de lo dispuesto en las fracciones VI y VIII, del artículo 19, esta última, en relación con el artículo 10, fracción II, ambos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tanto porque el actor no agotó la vía legalmente prevista para la solución del conflicto, como porque consintió los actos dentro del proceso legislativo”.

Esta es la tesis que sirve de sustento a la promoción de la demanda en el sentido de que si no operaba la causal que analizó el proyecto, debiera sobreseerse por esta razón. Esta tesis se emitió en abril de dos mil uno, de alguna forma la integración del Pleno ha cambiado, y por otro lado, hay otras tesis que de alguna forma pudiera entenderse que han superado este problema. Está por ejemplo la que dice:

“DERECHO DE VETO. SU EJERCICIO NO ES ILIMITADO EN TANTO QUE EXISTEN ACTOS QUE NO PUEDEN SER OBJETO DE AQUÉL, ATENTO AL PRINCIPIO DE LA NO INTERVENCIÓN DE UN PODER EN OTRO, TRATÁNDOSE DE ACTOS DE DETERMINADA NATURALEZA”. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO).

No sé si recuerdan, ese fue un asunto que se resolvió hace relativamente poco tiempo, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío, y en el que se determinó que en un momento dado puede o no ejercerse el derecho de veto, y que esto solamente forma parte de un proceso legislativo, y que el hecho de que forme parte del proceso legislativo, no puede entenderse como un medio recursal para determinar si se está o no conforme por parte del Ejecutivo, ya sea de los Estados o del Ejecutivo Federal, para poder precisar que se está o no en contra de la ley que después pudiera combatirse a través de una controversia constitucional. Y tenemos la otra tesis también derivada de ese mismo asunto, que dice: **“DERECHO DE VETO. NO PUEDE EJERCERSE TRATANDO DE DECRETOS LEGISLATIVOS**

RELATIVOS AL ORDEN SUPERIOR DE FISCALIZACIÓN”. (Legislación también del Estado de Tabasco). En la controversia 52/2004, que se resolvió el veintitrés de mayo de dos mil cinco, por mayoría de siete votos. Y yo, ahí añadiría: “El criterio sostenido en esta tesis que habíamos leído, creo que queda un poco superado”.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: La primera.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: La primera, por estas dos tesis cuyo rubro he leído, y porque en realidad considero que el derecho de veto efectivamente forma parte del proceso legislativo y es en cierta forma la posibilidad de que el Ejecutivo Federal o Estatal, en su caso, pudieran impugnar o pudieran realizar observaciones respecto de la norma cuya creación se está dando; sin embargo, el hecho de que no lo realice, no quiere decir que se trate de un consentimiento por parte de él, de esta norma, simplemente es una parte del proceso legislativo que no se agotó, pero no es un requisito sin el cual pudiera estimarse que tuviera el carácter de recursal, y que por esta razón no pudiera entenderse que está en posibilidades de impugnarla a través de la controversia constitucional o de la acción de inconstitucionalidad, por qué razón, pues porque simplemente es parte de un proceso legislativo, pero no es un recurso a través del cual pudiera impugnar la constitucionalidad de la ley correspondiente, para eso es precisamente la determinación de estos medios de impugnación que tenemos a través del Poder Judicial, de la controversia constitucional y de la acción de inconstitucionalidad.

Yo creo, aunque no referidos exactamente al mismo problema, sí quedan un poco superados con las otras tesis en las que se les está dando un entendimiento diferente al derecho de veto, en el que simplemente se considera una parte del proceso legislativo, una parte de la formación de la ley, pero no un medio de impugnación que pudiera estimar consentimiento el agotarlo o no. Y yo creo que sobre esas bases podría desestimarse la causal de improcedencia y la aplicación de esa tesis, que desde mi punto de vista pudiera ya estar superada.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Gracias señora ministra. Tiene la palabra el señor ministro Cossío Díaz.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias señor presidente. Adicionalmente a los argumentos que ha dado la ministra Luna Ramos y con independencia a las consideraciones que hace sobre si esta tesis está o no superada, yo quiero argumentarlo de otra forma, coincidiendo con lo que ella dice. Creo que con independencia de si está o no superada, las razones, yo quisiera enfrentarme más bien a las razones, yo quisiera enfrentarme más bien a las razones que se dieron en su momento al resolver en febrero del dos mil uno esa Controversia 21/2000 y promovida por el Poder Ejecutivo del Estado de México.

Como lo decía la señora ministra, las razones que se dan para ese criterio, son básicamente dos: Que la falta de ejercicio de veto del gobernador del Estado, en su caso, implicaba una plena aprobación y consentimiento respecto al contenido del Decreto proveniente del Legislativo, esa es una cuestión.

Y dos: Y como consecuencia de eso, porque al no haberse agotado la vía legalmente prevista para la solución del conflicto y por haber consentido esta consideración, se surtían las causales de improcedencia de las fracciones VI y VIII del artículo 19.

Si vemos lo que dice la fracción VI del artículo 19, creo que tiene tres supuestos: Primero.- que no se hubiere agotado, —ese es uno—. Dos.- una vía legalmente prevista; y Tres.- para la solución del propio conflicto.

Yo en este sentido considero que el ejercicio o no del veto, no tiene nada que ver con el ejercicio de una facultad, dentro de una vía, que tienda a solucionar un conflicto, normalmente por conflicto se entiende un litigio, una controversia en este sentido donde dos personas están disputando unos derechos.

Las razones por las cuales se puede presentar una diferencia entre un gobernador del Estado y su Legislatura o el presidente de la República y el Congreso de la Unión, creo que no son estrictamente de este tipo litigioso, pueden ser por razones de política pública, de política económica, de política social, cualquier modalidad o por cuestiones, inclusive, de oportunidad política, por las razones que se quiera que esa es parte del ejercicio y la discrecionalidad que tienen los entes políticos.

Consecuentemente entonces me parece que esa forma de enfrentamiento entre el Ejecutivo y el Legislativo, no tiene el carácter de un conflicto.

Y en segundo lugar me parece que el ejercicio del veto no lleva necesariamente a la solución del conflicto, si el gobernador ejerce el veto o el presidente lo ejerce, después viene una forma, por ejemplo en términos del artículo 72 de nuestra Constitución, donde se da la posibilidad de superación del propio veto.

Entonces me parece que el ejercicio de este veto, como una facultad de ejercicio discrecional no tiene que ver con una vía legal que tienda a la solución de un conflicto entre dos partes que están sustentando posiciones jurídicas distintas.

Entonces desde ese punto de vista me parece que el ejercicio de veto o no, no tiene cabida en la fracción XIX y me parece que lo mismo pasa con el caso de la fracción VIII el que el gobernador del Estado o el presidente, en su momento, no ejerzan el veto, tampoco me parece que necesariamente nos lleva a un consentimiento, porque ahí una vez más son muy grandes las posibilidades que uno puede imaginar en términos de la relación política entre dos órganos.

Me parece que el consentimiento se da en términos jurídicos, justamente cuando sigue existiendo una vía que permitiera la solución jurídica por una definición de derecho del conflicto, esa vía no se ejerce.

Tampoco entonces veo que si el presidente de la República, por ejemplo, calculando las mayorías de sus contrapartes en el Congreso con las que no cuenta, decide no ejercer en ese momento el veto, porque lo ve como un asunto perdido, suponiendo que hubiera un gobierno dividido y tuviera una posición desfavorable en la composición de la Cámara, el presidente de la República dijera yo en este momento no ejerzo el derecho de veto y simplemente me voy a la controversia constitucional, porque lo que quiero argumentar no es un problema político, lo que yo quiero argumentar es un problema constitucional, por ejemplo, porque suponga él que le están ejerciendo una facultad que le corresponde en exclusiva.

Entonces en ese sentido, creo que sí es muy pertinente esta mención que hace la ministra Luna Ramos en el sentido de que revisáramos si efectivamente la falta del ejercicio del veto, cabe o tiene cabida en las hipótesis del artículo 19, fracciones VI y VIII a mi modo de ver por las razones que he dado, y me agrego a las que ella daba a las dos tesis adicionales del Estado de Tabasco, no tiene esa cabida y creo entonces que sería un buen momento, si es que los señores ministros lo comparten, para: Primero.- abandonar ese criterio, que se construyó, entiendo, en otro contexto como siempre las soluciones jurisprudenciales, tratando de resolver cuestiones específicas, pero me parece que esto nos permite iluminar otras vertientes que tal vez en ese momento no se iluminaron. Y en segundo lugar.- y como consecuencia de eso, modificar el tema de procedencia en el caso concreto, señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Tiene la palabra el señor ministro ponente.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Sí, en el asunto de Tabasco que mencionó la ministra Luna Ramos, tengo entendido que el gobernador en ese caso no tenía derecho de veto, por eso se dio un tratamiento distinto, pero yo creo que este es un tema que ha sido muy debatido y yo creo que debe seguirse debatiendo y yo estoy a lo que determine el Pleno en este aspecto.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES.- Tiene la palabra el señor ministro Ortiz Mayagoitia.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA.- Añado un dato singular de esta controversia: La ley no contiene una disposición inconstitucional que pudiera ser vetada, el argumento es: la ley no establece plazos para la culminación; es decir, por deficiencia legislativa es sumamente difícil pensar en que a través del veto se pueda resolver, subsanar este problema de la ley.

Y el otro dato que tiene mucho que ver con el problema o no de resolver esto, insisto, es un argumento cautelar, ad cautelam; primero estúdienme legalidad, si allí triunfo pues ya no hay materia para lo demás, solamente en caso de que no me den razón en legalidad planteo la inconstitucionalidad de la ley.

Así entendida, de llegar a tener éxito la Secretaría de Hacienda, creo que deberíamos declarar ocioso el estudio de los restantes agravios y sin materia la impugnación de constitucionalidad.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES.- Quisiera dar mi opinión al respecto.

Muchas veces ante el planteamiento de una litis se resuelve el asunto y se toma en consideración para formular la tesis todo lo referente o el extracto relativo a ese asunto, y se pierde de vista la trascendencia que puede tener para otros casos.

La primera tesis que leyó la señora ministra Luna Ramos me parece que es de ese tipo, porque recordemos que ahí el gobernador, ante una ley que le envió el Congreso del Estado, hizo observaciones, en ejercicio del derecho de veto; esas observaciones no fueron tomadas en consideración por el Congreso local, o fueron superadas por la mayoría correspondiente. Y así se publicó la Ley. Inmediatamente vino el gobernador a plantear la inconstitucionalidad en ese punto, en esa materia que fue objeto originalmente del veto. Cuando contesta la

demanda el Congreso local, manifiesta que ya no puede hacerlo porque ya ejerció el derecho del veto.

De ahí que en la resolución se dijera: No, el veto no tiene que ver aquí nada al respecto; y en una consideración muy parecida a la que hizo el señor ministro Cossío Díaz, se resolvió que era procedente la acción de controversia constitucional planteada.

Creo yo que solamente desligándose del planteamiento original podría uno decir que ahí la Suprema Corte resolvió en un sentido y después resolvió en otro sentido. Yo creo que no hay contradicción, pero siguiendo las ideas que he oído, yo creo que podemos superar esta causal, dejándola como entre paréntesis, como entre corchetes –como se dice- y entrar al estudio del fondo, del acto de aplicación.

¿Les parece bien que sigamos en este tema?

(VOTACIÓN FAVORABLE)

¿Alguna otra consideración sobre cuestiones previas al fondo? Entonces, por favor continúe señor ministro Góngora.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL.- En cuanto al fondo, pienso que existe una reconvención en la contestación a la demanda.

Analicemos la contestación a la demanda de la Cámara de Diputados y de la Auditoría Superior de la Federación. Veán ustedes en el proyecto la foja 25; la foja 25 del proyecto, de su lectura se desprende lo que creo yo que es una reconvención, dice el punto doce: “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; toda vez que 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; las únicas excepciones permitidas son las previstas en el artículo 13 de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal dos mil dos, en las cuales no se incluye a los derechos por concepto de despacho aduanero”.

En nuestra opinión se colige que las demandadas, aquí, formularon nuevas pretensiones en contra del actor, relacionadas con la acción materia de la demanda; es decir, existe una clara intención de las autoridades demandadas –pienso-, por reconvenir la demanda solicitando la inconstitucionalidad de los artículos 26 y 32 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.

Aunque no se utiliza expresamente el término reconvención, es suficiente que el demandado ejerza la acción que se identifica a través de la causa de pedir para que se entienda por planteada la contrademanda, ya tenemos tesis sobre eso; leo nada más los rubros: **“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL, PARA QUE SE ESTUDIE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA O ACTO, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA LA CAUSA DE PEDIR”**; y controversias constitucionales: **“LA SUPLENCIA DE LA QUEJA AUTORIZA EXAMINAR EN SU CONJUNTO LA DEMANDA, A FIN DE RESOLVER LA CUESTIÓN EFECTIVAMENTE PLANTEADA, CORRIGIENDO LOS ERRORES QUE SE ADVIERTAN”**.

Ahora bien, si se coincide con nuestro argumento, consideramos que no sería necesario reponer el procedimiento, toda vez que no se le causa ningún perjuicio a la parte actora, ya que al tratarse de una cuestión de Derecho, hay suplencia total de la contestación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley Reglamentaria de la Materia; además de que, al ser un reglamento lo que se impugna, se realizará un estudio abstracto.

Adelantándonos en el análisis de fondo, basta con leer los artículos en comento de la Ley del Servicio de la Tesorería y de su Reglamento, para advertir que el Reglamento rebasa lo dispuesto por la Ley, transgrediendo con ello los límites señalados por el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal, para el ejercicio de la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal –vean ustedes el artículo 30 de la Ley del Servicio de la Tesorería-; dice el 30: “todos los fondos –todos los fondos-, que dentro del territorio nacional se recauden por cualquiera de los auxiliares, por los diversos conceptos fiscales y otros que perciba el gobierno federal por cuenta propia o ajena, deberán concentrarse invariablemente en la Tesorería, en la forma y términos que establezca el Reglamento de esta Ley”; no obstante eso, el artículo 32 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación, dice: “32. Cuando por disposición legal los fondos que se recauden en territorio nacional o extranjero, estén destinados para fines específicos de las propias dependencias y tengan encomendada su administración hasta por los montos autorizados por la Secretaría, éstos no se concentrarán en la Tesorería, tampoco se concentrarán los ingresos de las entidades y otros a favor de tercero, cuando así lo dispongan los ordenamientos legales o lo determinen la Secretaría o la Tesorería, invariablemente deberá cumplirse con los requisitos contables establecidos y reflejarse en la cuenta de la hacienda pública federal”. Hasta aquí el artículo 32 del Reglamento.

De lo anteriormente leído, se desprende que este artículo 32, viola la obligación de concentración de fondos en la Tesorería de la Federación, pues señala que no se concentrarán los ingresos de las entidades y otros a favor de terceros, cuando así lo determinen la Secretaría o la Tesorería.

Por tanto, pienso que el artículo 32 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería, en el cual funda el actor su demanda, transgrede la obligación de concentración de fondos establecida por el artículo 30 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación y por eso parece ser que vulnera el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal, al crear un supuesto de excepción a lo dispuesto tajantemente por la Ley. Por

tanto, pensamos que debiera declararse la invalidez del artículo 32 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación, lo cual dejaría sin sustento la segunda parte del proyecto, en la que con base en este precepto, se justifica la no concentración de los fondos en la Tesorería.

Hasta aquí llegaré señor presidente, porque después trato sobre argumentos adicionales para considerar que se trata de recursos públicos y no privados, pero tal vez sería mejor primero escuchar la autorizada opinión de la mayoría.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Gracias señor ministro Góngora Pimentel.

En relación con esto, en realidad son dos puntos los planteados en lo que acaba de leer el señor ministro Góngora. Tiene la palabra el señor ministro Ortiz Mayagoitia.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: Gracias señor presidente. Advertí este planteamiento de invalidez como todos los señores ministros, pero pienso que no puede tener el carácter de contrademanda porque no hay hasta ahora acto de aplicación del artículo 32 del Reglamento, la Tesorería no fundó sus actos en este precepto, los actos que dan pie a la demanda, el actor, secretario de Hacienda, en representación del Ejecutivo Federal lo invoca en la demanda como un argumento de defensa a su favor, con la pretensión de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo aplique, creo que en el proyecto, cuidadosamente se omite la aplicación y en la parte en que se establece en el proyecto la invalidez de los actos realizados por la Tesorería, se dice con toda claridad porque al emitirlos, no tomó en cuenta la Tesorería, el contenido del artículo 32 del Reglamento y la existencia de un convenio, Secretaría de Hacienda-Tesorería, conforme al cual se dispensó la concentración de fondos en dicha Tesorería.

Andaba buscando, está a final de la resolución. En la ciento ochenta y ocho, “procede declarar”, dice el párrafo final de la ciento ochenta y

ocho: “procede declarar la invalidez del pliego de observaciones, cincuenta y siete, de dieciocho de junio, emitido por el auditor especial de Cumplimiento Financiero de la Auditoría”, pero las razones están antes. ¡Ah! en el párrafo grande, en el segundo dice: “violó lo previsto en el artículo 14 de la Constitución Federal al no motivar ni fundar debidamente dicho acto”, pero hay otra parte donde claramente se le dice que la violación consiste en haber ordenado la práctica de estas auditorías sin tomar en cuenta el artículo 32, y el convenio.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES.- ¿No estará en la página veinticinco señor ministro?

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA.- Es al final señor, ya es en la decisión.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO.- De la ciento ochenta en adelante.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA.- Yo iba a la ciento ochenta y seis.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO.- Está en la ciento ochenta y ocho.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA.- ¿En la ciento ochenta y ocho?

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO.- Segundo párrafo. Perdón señor presidente.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA.- Por favor señor ministro.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO.- “Por lo anterior, se concluye que la Auditoría Superior al emitir el pliego de observaciones que se impugna como resultado de las irregularidades detectadas por un monto de dos millones cuatrocientos noventa y tres mil cero cincuenta y nueve,

consistente en que al Servicio de Administración Tributaria no enteró a la Tesorería de la Federación la cantidad precisada proveniente de la contraprestación del derecho de trámite aduanero a la Tesorería de la Federación por el procesamiento electrónico de datos y el segundo reconocimiento que fueron depositados en el Fideicomiso Aduanas 1954/8, violó lo previsto en el artículo 14 de la Constitución Federal al no motivar ni fundar debidamente dicho acto, dado que no se acredita la circunstancia de hecho que permitía colegir con claridad que procedía aplicar la norma correspondiente.”

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA.- Termino mi argumento.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES.- Continúa en el uso de la palabra el señor ministro Ortiz Mayagoitia.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA.- En concreto. Creo que no se le puede dar el carácter de reconvención porque no hay ningún acto concreto de aplicación; es más bien una alerta para este Honorable Pleno en el sentido de que, ¡atención señores ministros!, al resolver este asunto no me vayan a aplicar el artículo 32, porque es inconstitucional. De llegar a la necesidad de aplicar este precepto, podría tomarse en cuenta el alegato y la Corte decir: a pesar de que el artículo 32 dice esto, tiene razón la Auditoría Superior, si es que la tiene y, por lo tanto, este precepto no tiene la consecuencia que ella prospera. Creo que al igual que en el caso de la impugnación de la constitucionalidad de la Ley por la Secretaría de Hacienda, esto está sujeto a la decisión del tema central; si se alcanza una decisión contraria a la del proyecto en el tema central, queda sin materia todas las demás proposiciones.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES.- Quisiera yo hacer una observación, porque el dictamen del señor ministro Góngora es muy importante, muy interesante; tiene, según veo, dos planteamientos. El primero es: estamos frente a una reconvención.

En la contestación a la demanda, la Cámara de Diputados y la Auditoría plantearon la discrepancia entre la Ley de la Tesorería y su Reglamento,

entre el artículo 30 y el 16, me parece, entonces tenemos ahí una reconvencción, y luego en otro punto manifiesta que, efectivamente, el artículo reglamentario es violatorio de la Constitución al no acatar lo establecido en la ley.

Sin embargo, yo tengo una observación al respecto, sobre todo en la primera parte, creo que no hay reconvencción, la reconvencción es una acción, las autoridades demandadas, deben manifestar que están ejerciendo la reconvencción, la contrademanda, para dar oportunidad a la actora de que exprese lo que corresponda en ejercicio de su garantía de audiencia. No podemos entender un alegato que se hace dentro de la contestación a la demanda, y elevarla a la categoría de reconvencción, porque en primer lugar, no podríamos declarar inconstitucional en su caso el artículo correspondiente que se viene impugnando, no, creo que en esta parte no se da el caso de la reconvencción, y el estudio tiene que hacerse, creo yo, dentro de propiamente de la defensa que se hace en contra de lo planteado por el actor. Tiene la palabra el señor ministro Cossío Díaz, y a continuación el señor ministro Góngora.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias señor presidente, para coincidir con usted y con el ministro Ortiz Mayagoitia. El artículo 26 de la Ley Reglamentaria en su segundo párrafo dice: Al contestar la demanda, la parte demandada podrá en su caso reconvenir a la actora, aplicándose al efecto lo dispuesto en esta Ley para la demanda y contestación originales. Esto nos lleva entonces al artículo 22, donde nos da en general los requisitos de la demanda, yo sé que no es lo mismo la demanda que la reconvencción, de forma tal que no tendrían que ponerse, y tal vez en las mismas circunstancias, pero aquí sí se nos pide la entidad, poder u órgano demandado, la entidad actora, el demandado, su domicilio, los órganos tercero interesados, la norma general acto cuya invalidez se demanda, los preceptos constitucionales que en su caso se estimen violados, la manifestación de los hechos o abstenciones y los conceptos de invalidez, si hay siete requisitos formales, que me parece que son necesarios agotar, y me resulta también difícil entender que pueda haber reconvencciones implícitas o tácitas en este sentido, si no se satisface un catálogo de cuestiones. Creo que tiene toda la razón el

ministro Góngora cuando dice: no es necesario satisfacer todas, un conjunto de formalidades, yo en eso coincido con él, pero sí me parece que tendría que satisfacerse de algún modo, al menos aproximativo los requisitos del 22, para ser congruentes con el segundo párrafo del 26 en este sentido, y en esa forma también coincidiría con ustedes, en cuanto que esos argumentos muy interesantes que nos leyó, no calificarían como reconvención estricta.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Tiene la palabra el señor ministro Góngora Pimentel.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Gracias señor presidente. Las tesis que apoyan esto en el dictamen, se dice que para que se estudie la constitucionalidad de una norma o acto, basta con expresar claramente en la demanda la causa de pedir, y además se acepta la suplencia de la queja, que dice la tesis, autoriza examinar en su conjunto la demanda, a fin de resolver las cuestiones efectivamente planteadas, corrigiendo los errores de las partes que se advierta, y aquí lo que está diciendo en esta parte, en la página 25, es muy claro, yo lo veo muy claro. El artículo 30 de la Ley de Servicio de Tesorería, establece, y ya lo venía diciendo desde antes: Todos los fondos recaudados deberán concentrarse invariablemente en la Tesorería. Por lo tanto, los artículos 26 y 32, resultan violatorios de dicha norma, al establecer excepciones no permitidas por la ley. El primer acto de aplicación del que, oí que se decía, no hay acto de aplicación del 32, pudiera ser exactamente el convenio, ese sería el primer acto de aplicación. ¿Vamos a dejar sin contestar este argumento? Vamos a decir: no, no hay reconvención, y a pesar de que dice que se violan estos artículos, esto no lo vamos a estudiar, porque debió de haber dicho: En este momento reconvengo conforme al segundo párrafo del artículo 26. Este formalismo no se utiliza en las controversias, y la causa de pedir, que fue una antigua tesis que se introdujo en la Segunda Sala, en amparos, y luego en controversias, por un ministro que yo conozco, también está en las controversias, pero en fin, ya lo decidirá el Pleno, y así será.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Gracias, señor ministro. Tiene la palabra el señor ministro Ortiz Mayagoitia.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: Solamente agregar que la decisión que se está proponiendo, no elude, ni escatima el estudio de constitucionalidad planteado en este tramo de la contestación de la demanda, que nos ha leído el señor ministro Góngora, siempre y cuando sea necesario para la resolución del problema, a qué voy, a que por lo pronto, la referencia es al escrito de demanda, este no es acto de aplicación, si dijéramos el acto de aplicación es el convenio de no concentración de fondos en la Tesorería, tiene varios años ese convenio, antes de presentada la contienda, estaría un planteamiento extemporáneo en términos de la propia ley reglamentaria, porque el reglamento es una norma general que se pudo reclamar dentro de los treinta días siguientes a su expedición, o dentro de los treinta días siguientes al primer acto de aplicación, no se podría introducir legalmente como reconvención. Mi apreciación personal, es que la Auditoría Superior de la Federación, está viendo en este precepto un riesgo jurídico para lo que ella considera el recto ejercicio de sus funciones, y entonces nos dice: Atención señores ministros, si dado el caso, ustedes decidieran aplicar el artículo 32, tomen en cuenta que es inconstitucional, y no me lo apliquen, y es un alegato pertinente, como bien decía el señor ministro Díaz Romero, pero no creo que le debamos dar la categoría de reconvención. Yo propondría, si así fuera, que se desestimara por extemporánea, y entonces sí, el probable perjuicio jurídico se daría; el argumento planteado en la contestación de la demanda, es muy de tomarse en consideración, dependiendo del resultado del punto total.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: ¿Les parece bien a los señores ministros que tomemos la votación acerca de si se da, si existe planteada la reconvención, o no existe la reconvención?, independientemente de que sea necesario el estudio de esa defensa propuesta por la Cámara de Diputados.

Tiene la palabra la señora ministra Luna Ramos, y a continuación el señor ministro Góngora.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Si quiere se la cedo al señor ministro Góngora, porque es el argumento total de él.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: No es el argumento total, hay otros por ahí, pero si están de acuerdo los señores ministros en que este argumento se estudie, yo retiro el argumento de que hay una reconvención en estos argumentos que ha dado la Auditoría, el Congreso, y me espero al estudio de la inconstitucionalidad, muy contento, no me importa que no sea reconvención, si están los señores ministros de acuerdo con que se vaya a estudiar, la para mí, evidente inconstitucionalidad del reglamento, que va más allá de lo que dispone la ley, lo retiro.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Tiene la palabra la señora ministra Luna Ramos.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Si retira el señor ministro Góngora Pimentel, la objeción de que se tenga como reconvención, yo creo que ya mis argumentos serían ociosos, señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Muy bien. En ese caso yo creo que hay que continuar con el estudio del dictamen del señor ministro Góngora Pimentel.

Tiene la palabra el señor ministro don Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: Gracias, señor presidente. Estoy un poco desconcertado, según había entendido yo, el orden de la discusión nos iba a llevar a ver la cuestión de legalidad surgente de si el Código Fiscal es norma supletoria o no es norma supletoria, porque esto mismo nos podría llevar eventualmente a concluir con ese tema el asunto. Si esto se supera entonces sí habrá que ver las cuestiones de constitucionalidad, como que estamos adelantando vísperas en otros temas.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Gracias señor ministro. Tiene la palabra el señor ministro Ortiz Mayagoitia.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: Gracias, señor presidente. Yo quisiera hacer un par de precisiones: El proyecto trae un estudio total en cuanto a la naturaleza pública o privada de los fondos que conforman el fideicomiso para la administración de ingresos por servicio de procesamiento electrónico de datos, éste es fundamental; en el proyecto se propone que son fondos públicos, yo tengo la convicción contraria.

En cuanto al estudio de constitucionalidad, tanto de la supletoriedad como del artículo 32, dije en ambos casos: En la medida en que fuera necesario, si prevalece el proyecto de que los fondos son públicos habrá que estudiar, porque entonces son fondos auditables, habrá que estudiar lo de la suplencia y si la Corte llega a la necesidad jurídica de invocar el artículo 32 del Reglamento, para fundar su decisión, habrá que estudiar la constitucionalidad, en ambos casos condicionada a lo que resulte de la determinación fundamental del caso. ¿Por qué? Porque si llegara a probar este Pleno la decisión de que son fondos particulares, están fuera de la esfera de auditoría que ejerce el Órgano Superior de Fiscalización, y ya todo lo demás quedaría sin materia.

Esto me parece muy importante esclarecerlo para que si los señores ministros estuvieran de acuerdo nos centráramos en el tema focal.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Sí, señor ministro Góngora Pimentel.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Estaba yo diciendo que el acto de aplicación sería el convenio, y no hay prueba de que la Cámara hubiera tenido conocimiento del convenio por más antiguo que sea; por otro lado, estoy completamente de acuerdo con que el caso focal es si

son públicos o privados, y sobre esto, después de que hable mi distinguido colega, yo trataré ese tema.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Tiene la palabra el señor ministro don José Ramón Cossío.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias, señor presidente. Como entendí que el ministro Góngora, y pido una disculpa por haberlo entendido mal, iba a leer su dictamen, estaba solicitando la palabra para cuando él concluyera.

Muchas gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Ministro Góngora Pimentel.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Gracias, señor presidente. Coincidimos con el proyecto del señor ministro don José de Jesús Gudiño Pelayo, en el sentido de que los recursos que se obtienen por el servicio de procesamiento electrónico de datos y segundo reconocimiento aduanero son públicos; sin embargo, consideramos conveniente formular argumentos adicionales, que si el señor ministro Gudiño acepta, podrían también sustentar dicha conclusión.

Como no ha dicho nada, creo que sí lo acepta.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Sí.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: El artículo 16, de manera similar al artículo 8-B, de la Ley Aduanera anterior, dispone: “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, así como para las demás operaciones que la propia Secretaría decida autorizar, inclusive las relacionadas con otras contribuciones, ya sea que se causen con motivo de los trámites aduaneros o por cualquier otra causa; los particulares que deseen obtener la autorización a que se refiere este artículo, deberán cumplir con los siguientes requisitos:... La propia Secretaría podrá

autorizar a los particulares a prestar otros servicios que faciliten el reconocimiento aduanero de las mercancías. La Secretaría determinará las cantidades que como contraprestación pagarán las personas que realicen las operaciones aduaneras, a quienes presten estos servicios; este pago incluyendo el I.V.A., trasladado con motivo de la contraprestación, se acreditará contra el monto de los derechos de trámite aduanero, a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Ley Federal de Derechos, y no podrá ser superior a los mencionados derechos”. -Leo el último párrafo- “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 a los derechos, a los particulares y el I.V.A., trasladado con motivo de la contraprestación. En el precepto citado podemos encontrar obligaciones y derechos dirigidos a tres sujetos destinatarios de la norma. Primero, a la Secretaría de Hacienda, toda vez que señala que los derechos y las contraprestaciones, deben enterarse conjuntamente ante las oficinas autorizadas; asimismo la faculta para determinar las cantidades que como contraprestación pagarán las personas que realicen las operaciones aduaneras a quienes presten tales servicios y el porcentaje que del total corresponde a los derechos, a las contraprestaciones de los particulares autorizados que prestan el servicio y el I.V.A., trasladado, segunda, a los particulares prestadores de los servicios, ya que puntualiza los requisitos que deberán cumplir si desean obtener dicha autorización, así como el derecho a recibir la contraprestación que será determinada por la Secretaría y entregada por el Estado; y, tercero, a los importadores y exportadores que reciban los mencionados servicios, autorizando el acreditamiento del I.V.A., trasladado, con motivo de la contraprestación contra el monto de los derechos de trámite aduanero.

Ahora bien, para la determinación de la naturaleza de los recursos, tenemos que si bien el mencionado precepto dispone como regla correspondiente a la administración, que ambos pagos se enterarán conjuntamente ante las oficinas autorizadas, con base en lo cual se puede concluir que las contraprestaciones son ingresos temporales del

Estado, y por tanto que a éste corresponde su administración, hasta en tanto sean entregados a los prestadores del servicio.

Es factible distinguir entre ingresos tributarios correspondientes al derecho de trámite aduanero e ingresos no tributarios, como lo son las contraprestaciones que se pagan a los particulares que prestan los servicios objeto de estudio; asimismo prevé que la administración dictará normas de carácter general para fijar el monto de las contraprestaciones, lo que supone implícitamente la facultad de dictar reglas para establecer las fechas en las cuales se cubrirá la contraprestación, lo cual también se sustenta en la calidad de concedente de la Secretaría.

Ahora bien, las contraprestaciones son recursos no tributarios que ingresan temporalmente al Estado y que finalmente serán desincorporados cuando se cubra el pago a los particulares autorizados; sin embargo, en tanto se encuentren bajo la administración del Estado ¡atención! los frutos civiles que éstos produzcan, pertenecen a éste, puesto que los ingresos relativos a las contraprestaciones, adquieren la calidad de recursos privados única y exclusivamente hasta que el particular autorizado lo recibe.

Es importante hacer hincapié, en que el sistema regulado en el artículo 16 de Ley Aduanera, existe la clara distinción entre ingresos tributarios y no tributarios, en el que a pesar de que todos los recursos ingresan vía la recepción unitaria del derecho de trámite aduanero a través de una ficción jurídica, se dividen los recursos, situación que permite a los importadores y exportadores realizar el acreditamiento del IVA, causado con motivo de la contraprestación, aun cuando no hayan cubierto el pago directamente al particular concesionario; sin embargo, esta ficción jurídica, no implica que los recursos correspondientes a los particulares autorizados, tengan desde el inicio la calidad de privados, puesto que la Ley expresamente excluye la posibilidad de que los particulares reciban directamente dichas cantidades por parte de los importadores y exportadores, toda vez que las mismas, deben ser enteradas junto con el derecho de trámite aduanero en las oficinas autorizadas.

En efecto, el particular autorizado, no tiene en realidad una relación contractual con el importador o exportador, ni puede exigir a éste el pago de sus servicios, la Ley prevé que quien recauda los recursos es la administración y por tanto, si bien el concesionario tiene derecho a recibir la contraprestación, este derecho únicamente, exclusivamente lo puede hacer valer contra la administración y además lo tendrá que hacer en los términos del contrato de ley, o de las reglas dictadas por la Secretaría en su calidad de autoridad reguladora del servicio, las contraprestaciones, tienen la naturaleza de precios públicos, en tanto que son fijadas por el Estado, en su calidad de concedente del servicio público; sin embargo, en realidad son recaudadas vía la recepción unitaria del derecho de trámite aduanero, realizándose a través de una ficción jurídica la división de los recursos entre el derecho de trámite aduanero y la contraprestación y el IVA, para permitir a los importadores acreditar a su vez el I.V.A., causado con motivo de la contraprestación, más dicha ficción, no tiene trascendencia en relación con la naturaleza del recurso, la contraprestación es finalmente cubierta por el Estado y no por los importadores o exportadores, en este tenor, no puede asignarse desde mi punto de vista, desde el principio la naturaleza de recursos privados a las contraprestaciones, pues las mismas son recaudadas vía derecho de trámite aduanero y sólo adquirirán tal carácter cuando son finalmente cubiertas, correspondiendo mientras tanto su recepción y administración al Estado, por disposición legal y por consecuencia, también la percepción de los frutos civiles que generen tales recursos.

En el mismo orden de ideas tenemos, que si la administración tributaria con motivo de sus facultades de revisión, dictaminara que el valor de las mercancías importadas fue mayor al declarado en el pedimento, podría fincar un crédito fiscal que comprendiera todo el derecho de trámite aduanero, sin excluir el monto de la contraprestación, así el precio público correspondiente a la contraprestación, se cubre con el ingreso del derecho de trámite aduanero, lo cual si bien puede ser constitucionalmente discutible, en tanto se recaudan por la vía tributaria ingresos que finalmente irán a manos de los particulares, constituye el esquema previsto por la Ley, razón por la cual, es incorrecto asignar a la contraprestación, la naturaleza de recurso privado desde el momento de

su recepción, pues insistimos, el particular autorizado, única y exclusivamente tiene derecho al cobro de la contraprestación, la cual se realizará en términos de la Ley o de las reglas o del contrato, es decir, en las fechas previstas por estas disposiciones, debemos tener en cuenta que de acuerdo con el convenio modificatorio al fideicomiso de aduanas uno, de fecha 2 de junio de 96, dos son los principales fines del mencionado fideicomiso.

Primero.- Que la fiduciaria administre, reciba e invierta las cantidades que reciba de la Tesorería de la Federación, por concepto del artículo 16 de la Ley Aduanera y.

Dos.- Que la fiduciaria entregue a las empresas que la Secretaría de Hacienda haya autorizado, las cantidades que les correspondan como contraprestaciones, de este modo es claro que mediante dicha figura se pretende pagar a los particulares, las cantidades que les correspondan como contraprestación, no obstante como anteriormente se afirmó, hasta que dichas cantidades no sean entregadas a los particulares, siguen siendo recursos públicos que deben ser administrados por el Estado por disposición legal, aunque éste haya decidido que dicha actividad sea realizada por una institución bancaria, más aún, debe hacerse hincapié en que si la fiduciaria administra esos recursos y los invierte en valores de renta fija, los frutos obtenidos de dicha inversión, también son recursos públicos y deben ser considerados como productos del Estado, en tanto que son ingresos que percibe el Estado en términos del Código Fiscal de la Federación y de la Ley de Ingresos, a menos que, como afirma la actora, se trate de una gestión de negocios, lo que dudo mucho que tenga la Secretaría de Hacienda, la facultad para actuar como gestora de negocios --como lo diré después-- en la que se administran recursos ajenos, de tal forma que, como buen padre de familia, debe transferir a los particulares, inclusive los frutos de la buena administración de las contraprestaciones que les correspondan, por otra parte, si bien el proyecto proporciona muy buenos argumentos, para sostener que los recursos objeto de estudio son públicos, con lo que se trata de desvirtuar los primeros tres conceptos de invalidez dentro de los

que se encuentra el consistente en que el servicio de administración tributaria actuó como gestor de negocios en la constitución del fideicomiso que hoy nos ocupa, mismo que se sintetiza a fojas 6 y 7 del proyecto, consideramos que también pueden reforzarse estos argumentos con los que se exponen a continuación –si a bien lo tiene el señor ministro ponente-- en el mencionado concepto de invalidez afirma la actora que el acto impugnado viola lo dispuesto por el artículo 133, en relación con el 74, fracción IV, cuarto y quinto párrafos de la Constitución Federal, dado que el fideicomiso 954-8, no es un fideicomiso público, por lo que la Auditoría Superior de la Federación, no tenía facultades para fiscalizarlo, lo anterior debido a que si bien la Secretaría, participó en el contrato de formación del aludido fideicomiso, lo cierto es que no lo realizó, ni como ente público, ni como sujeto activo, sino como gestor de negocios, en términos de lo previsto en el artículo 1896, del Código Civil para el Distrito Federal, ya que el carácter de fideicomitente, lo tienen los importadores y exportadores, además de que su creación se realizó de acuerdo a disposiciones de derecho privado, y en cuanto a su estructura y funcionamiento, se conformó de acuerdo a la Ley de Instituciones de Crédito; ahora bien, tal y como lo afirma la actora, una vez rescindido el contrato de prestación de servicios con la empresa denominada ISA, con fecha veintiocho de mayo de noventa y tres, la Secretaría actuando como fideicomitente y gestora de negocios, respecto de los importadores y exportadores, celebró el contrato denominado de fideicomiso que celebran por una parte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como fideicomitente, en los términos del artículo 1896, del Código Civil para el Distrito Federal, respecto de las personas que realicen las operaciones aduaneras, de conformidad con el artículo 8-B de la Ley Aduanera, representada por el C. Subsecretario de Ingresos Francisco Gil Díaz, por intervención de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Subsecretaría de Ingresos, en su carácter de autoridad competente para la aplicación de la Ley Aduanera; y por otra parte, Nacional Financiera como fiduciaria, por conducto de su Delegado Fiduciario General, destacándose entre sus amplios fines, c); que la fiduciaria por instrucciones del Comité Técnico, entregue al Director del Fideicomiso, las cantidades que expresamente le ordene el Comité Técnico, en la inteligencia de que dicho Comité

ordenará al Director del Fideicomiso, la aplicación que deberá efectuar de las cantidades que reciba, y en ningún caso la fiduciaria, tendrá responsabilidad alguna respecto de la aplicación de estos fondos, eso dice el contrato; sin embargo, surge la siguiente interrogante, ¿con qué calidad podía la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, disponer de los recursos derivados de las contraprestaciones, para afectarlos al fideicomiso?; por un lado, de aceptarse la tesis de que la Secretaría de Hacienda, actuó y podía actuar como gestora de negocios en el fideicomiso objeto de estudio, encontramos que dicho acto jurídico, pensamos, se celebró en franca violación al principio de legalidad; toda vez que la referida Secretaría, no se encuentra facultada por ningún ordenamiento jurídico, para actuar como gestora de negocios, y con este carácter constituir un fideicomiso; por otro lado, consideramos que el referido contrato de fideicomiso, no pudo celebrarse válidamente, toda vez que la intervención de la figura del gestor de negocios, es incompatible con la naturaleza del fideicomiso; en efecto de acuerdo con el artículo 346, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, entonces vigente, que proporcionaba los lineamientos generales que regulan al fideicomiso, sea público o privado, mediante la mencionada Institución, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinando, encomendando la realización de ese fin, a una institución fiduciaria; así mismo, el artículo 349, del mismo cuerpo legal, señalaba que sólo podían ser fideicomitentes, las personas físicas o jurídicas que tuvieran capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponde a dichas autoridades o a las personas que éstas designen. En consecuencia, el argumento relativo a que la Secretaría de Hacienda actuó como gestora de negocios respecto de las personas que realicen las operaciones a que se refería el artículo 8-B de la Ley Aduanera pues resulta cuestionable, cuando menos. La Secretaría no tiene la calidad de gestora de negocios, toda vez que si ese fuera el caso se contravendría el propio ordenamiento que establecía que para poder afectar bienes al fideicomiso debía estar legitimado para disponer de ellos.

Adicionalmente debe recordarse la tesis pronunciada por la Tercera Sala de la Suprema Corte en relación con la gestión de negocios. “Gestión de negocios.- Para la existencia de la institución jurídica denominada gestión de negocios no basta que una persona, sin tener mandato y sin estar obligada a ello, se encargue de un asunto de otro, sino que es requisito doctrinal que la gestión verse sobre asuntos e intereses determinados que estén momentáneamente abandonados por su dueño por que esté ausente o impedido para atenderlo personalmente, sin que tenga para el cuidado de ellos ningún representante o administrador.- La gestión (dice la Tercera Sala) tiene por fundamento un principio de solidaridad social que impele a que se atiendan los intereses ajenos, transitoriamente abandonados o descuidados, pues sin este requisito, la gestión de negocios sería la intromisión de una persona en los asuntos de otro, lo que es contrario a los principios de libertad que rigen las manifestaciones de la vida privada de los hombres.” Hasta aquí el criterio de la Tercera Sala.

En el presente caso si bien la Secretaría carece de mandato y no estaba obligada a hacerlo, no se puede hablar propiamente de una gestión de negocios, porque no se cumple con el requisito de que se trate de asuntos momentáneamente abandonados o descuidados por su dueño, ni se realiza en atención a un principio de solidaridad social. A lo anterior debemos agregar que los concesionarios no pueden ser considerados ya como dueños de la contraprestación en tanto que no tienen disposición de dichos recursos, pues esto sólo sucederá hasta el momento en que los reciban. En efecto, el argumento aducido por la Secretaría parece no ser sostenible puesto que, como hemos afirmado, los recursos correspondientes a las contraprestaciones que ingresan al Estado por disposición legal son públicos, como bien lo dice el ministro Gudiño en su proyecto, por corresponder al Estado su administración en su calidad de otorgante de la concesión hasta en tanto son entregados a los particulares y es hasta ese momento que se puede hablar de recursos privados. Entonces, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no realiza una gestión de negocios. En todo caso, su calidad de fideicomitente 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.

Consideramos, si a bien lo tiene el señor ministro ponente, que con estas ideas se puede fortalecer la conclusión del proyecto de que nos encontramos ante recursos públicos.

Señor presidente, tengo otro punto sobre la concentración de los recursos en la Tesorería de la Federación, pero posiblemente sería bueno de mi parte dejarlo para después.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: A mí me da la impresión, señor ministro Góngora Pimentel, que el siguiente punto de la concentración de los recursos en la Tesorería de la Federación está íntimamente ligado con el que usted acaba de leer, pero yo creo que sería conveniente que hagamos un alto en el camino y decretemos un receso para continuar en seguida.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Bien, señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Se decreta un receso.

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

(SE REANUDÓ LA SESIÓN A LAS 13:15 HORAS)

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Se levanta el receso, y continúa en uso de la palabra el señor ministro Góngora Pimentel.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL: Señor presidente, toqué el tema con la autorización del señor ministro Gudiño, de argumentos adicionales, para considerar que se trata de recursos públicos, y me quedé en el tercer tema de mi dictamen, que es el relativo a la concentración de los recursos en la Tesorería de la Federación, en

donde toco incluso el artículo 32 del Reglamento de la Ley de la Tesorería de la Federación, en donde pretende la Secretaría, no concentrar los fondos en la Tesorería. Pero quedamos, por una sugerencia de usted, que primero discutiéramos esta primera parte, salvo que quiera usted que de una vez agote el tema de concentración de los recursos en la Tesorería de la Federación. Como usted disponga señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Yo sugeriría que está íntimamente ligado con el anterior, pero creo que podemos discutir perfectamente bien lo que acaba de leer el señor ministro Góngora, en relación con el proyecto que nos presentó el señor ministro ponente. Para ese efecto tiene el uso de la palabra el señor ministro don Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: Gracias señores ministros, señoras ministras. Bueno, yo creo que le faltó énfasis al señor ministro Góngora Pimentel para desmentir el hecho de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público pueda ser gestora de negocios particulares. Yo estoy radical y definitivamente, pongo en esto todo el énfasis de que soy capaz, de acuerdo con estas afirmaciones del señor ministro Góngora Pimentel, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no juega el rol de gestora de negocios de particulares, pero es lo único con lo que estoy de acuerdo con él. Toda su argumentación ulterior, para coincidir con el proyecto, descansa sobre los argumentos que voy a llamar “pilares”, siguientes:

Primero. Si alguien no puede por alguna razón disponer de algún recurso dinerario, es que no es el dueño de él. Yo digo: falso, y lo voy a demostrar muy sencillo para no consumirles mucho tiempo, la prenda sobre dinero, el dueño lo afecta en prenda el dinero y no puede disponer de él, y es dueño, él es el señor de ese dinero. Entonces este es un argumento sobre el que no quiero abundar más, pienso que está destroncado este pilar de la argumentación.

Segundo pilar de la argumentación. El artículo 16, establece que los derechos y las contraprestaciones a que se refiere, se enterarán conjuntamente ante las oficinas autorizadas, luego dice: el que recibe esto es el señor del dinero, y como las oficinas autorizadas son oficinas públicas, los recursos son públicos. Yo pienso que esta argumentación es errónea. Vamos leyendo otras partes del mismo artículo: "La Secretaría -dice el párrafo anterior- determinará las cantidades que como contraprestación pagarán las personas que realicen las operaciones aduaneras a quienes presten el servicio. Este pago, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado trasladado con motivo de la contraprestación se acreditará, etc., estamos hablando de contraprestaciones, de algo que se paga a los particulares, según el enunciado que se sigue del primer párrafo del artículo 16, que potesta autorizar a particulares por parte de la Secretaría para prestar los servicios de procesamiento electrónico de datos y servicios relacionados.

Luego dice el mismo párrafo en que apoya su argumentación el señor ministro Góngora: "Los derechos y las contraprestaciones a que se refiere el párrafo anterior, se enterarán conjuntamente ante las oficinas autorizadas; la Secretaría determinará mediante reglas, qué por ciento del total corresponde a los derechos, luego qué por ciento corresponde a los particulares y el impuesto al valor agregado trasladado con motivo de la contraprestación"; la misma Ley nos revela cuál es la correspondencia en cuanto a la atribución de estos recursos. ¿Qué segmenta en 3 partes?, la parte de fiscalidad propiamente dicha, la parte del I.V.A., y la parte de contraprestación, propiedad de los particulares; segunda afirmación, a mi juicio, destroncada de la argumentación que nos hace el señor ministro Góngora Pimentel.

Y luego nos dice lo siguiente, nos da un paseo por la normatividad mercantil propia de los contratos de fideicomiso y nos dice lo siguiente: "Vistas así las cosas, debía de haber gestión, como la Secretaría no puede ser gestora, esto está mal, esto contraviene la ley", no, no es así; ¿por qué entrega en fideicomiso esos recursos la Secretaría, ¿por qué se convierte en fideicomitente?, porque está cumpliendo con obligaciones, porque está pagando lo que debe en un negocio jurídico

complejo que se destraba, y clarifica a través de un contrato medio, que es el contrato de fideicomiso; ¿por qué no entrega directamente en mano propia a los particulares lo que corresponde a sus contraprestaciones?, porque estos tienen obligaciones de hacer a su cargo; entonces, hay garantías recíprocas a través del contrato de fideicomiso y la Secretaría no es gestora de nadie cumple y por lo tanto, paga; el rol que juega es el de cumplidora de obligaciones a cargo de sí mismo, de pagadora, de recursos particulares que recibió; es un negocio, insisto, complejo el que se sigue de las autorizaciones; hay 3 segmentos de los recursos dinerarios, insisto, que tienen un destino específico diferente y diferenciado, y un titular de derechos de imputación de señorío respecto a esos recursos, diferente en cada caso; el medio para cumplir, el medio para pagar es el contrato de fideicomiso, para mí de recursos privados por lo que atañe a las contraprestaciones y por tanto un fideicomiso privado.

Yo estoy convencido y más después de haber escuchado estas argumentaciones, de que se trata de un fideicomiso privado. ¿Qué es lo que intenta el Órgano Superior de Fiscalización?, que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público restituya a la Bolsa de sí misma, llamada la Tesorería de la Federación, dependencia de la Secretaría de Hacienda, dos mil y pico de millones de pesos que transitaron por esos fideicomisos, lo que entre paréntesis se ha dicho, pues el lógico que no los tenga.

Gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: En este orden, el señor ministro Cossío Díaz, el señor ministro Ortiz Mayagoitia y el señor ministro Sergio Valls.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias señor presidente. En relación con lo que se ha dicho esta mañana, y yo tampoco creo que se esté aquí juzgando las características del fideicomiso, ni que debemos meternos en esto, que puede generarle a uno ciertas dudas la forma en que está armado este tema del fideicomiso, la forma en que se relaciona a la Secretaría de Hacienda con los particulares, en fin, puede tener uno

varias cuestiones, pero toda vez que el acto de que emanó esto es de un pliego, y ese pliego es el que combate la Secretaría y lo que está planteando la Auditoría Superior de la Federación, no son las características generales del fideicomiso, sino el destino de determinados montos a los que ahora me voy a referir, entonces yo por esas razones no voy a hacer consideraciones sobre la mecánica general del fideicomiso, si éste hubiere sido el planteamiento, probablemente otras cuestiones tendríamos que sostener, cuando menos por lo que a mí hace. No comparto el sentido de la consulta atendiendo a las siguientes razones, que son dos: En primer término, estimo que el proyecto parte de una premisa inadecuada, al considerar que los ingresos provenientes del derecho de trámite aduanero D.T.A. así como los depositados en los fideicomisos 995A8, para el pago de la contraprestación y los servicios de procesamiento electrónico de datos y del segundo reconocimiento aduanero son de índole pública, en muchas partes del proyecto se señala esto, pero ustedes lo tienen con gran claridad en la página ciento cincuenta y ocho, donde dice: "Tema. De todo lo anterior se concluye que los recursos que pagan quienes introducen mercancías al territorio nacional, o las extraen del mismo, ya sean sus propietarios, poseedores, destinatarios, remitentes, apoderados, agencias aduanales o cualquier persona que tenga intervención en la introducción, extracción, custodia, almacenado, manejo y tenencia de las mercancías, por los servicios de procesamiento electrónico de datos y servicios relacionados, son recursos públicos, esta es la tesis central de esta parte del proyecto, debido a que las cantidades que paga el importador, exportador de mercancía las paga por la prestación del servicio de trámite aduanero, las cuales son obligatorias para éste, de manera que de no hacerlo así no se le prestaría el servicio, pues el particular paga por las operaciones aduaneras que efectúe utilizando un pedimento o el documento aduanero correspondiente en los términos de la Ley Aduanera".

Sostengo que estoy en contra del proyecto, pues considero que los montos enterados por los particulares usuarios de dichos servicios corresponden tanto a recursos públicos un porcentaje determinado como D.T.A. como privados las contraprestaciones por servicio de procesamiento electrónico de datos y del segundo reconocimiento; en

efecto, de conformidad con el artículo 16 de la Ley Aduanera vigente en dos mil dos, así como la regla, 1.3.5 de carácter general en materia de comercio exterior del dos mil dos, el monto de la contraprestación, por los servicios de procesamiento electrónico de datos, debe determinarse atendiendo a un porcentaje determinado del D.T.A., incluyendo el I.V.A., y este dato es importante, desde la propia redacción de dichos preceptos, se cuenta con elementos que soportan la independencia de ambos conceptos, el D.T.A. por un lado, y las contraprestaciones por otro, obsérvese que la regla 1.3.5, precisa que el saldo, es decir el remanente, una vez considerado el sesenta y uno porciento equivalente a contraprestación e I.V.A., es lo que será considerado D.T.A., inclusive, debe valorarse que el propio artículo 16 de la Ley Aduanera, hace referencia a un acreditamiento sobre el D.T.A. causado, restando a éste un monto equivalente a la contraprestación y el I.V.A. respectivo, al cual se adicionarán estos conceptos a fin de que se entere la misma cantidad a que ascendía el D.T.A. causado, pero no con la misma integración, toda vez que la cantidad de referencia, ahora abarca tres conceptos: D.T.A., contraprestación e I.V.A. de ésta, sólo así se entiende que dicho numeral establezca que el D.T.A., la contraprestación y el I.V.A. correspondiente a ésta, deberán enterarse conjuntamente, lo cual aun desde un punto de vista gramatical, hace clara referencia a la existencia de conceptos distintos. Lo anterior también es reflejado en la regla 1.3.5, la cual precisa que la contraprestación se genera y calcula con independencia al D.T.A., acreditándose aquélla contra éste y finalmente adicionando la cantidad resultante, siendo claro que ésta y éste es el único monto que puede ser identificado como D.T.A., con las cantidades que corresponden a la contraprestación y al I.V.A. respectivo; no es óbice lo anterior, el hecho de que el formato en que se efectúe el pago, contemple un solo campo, D.T.A., como se hizo en algunos argumentos verbales cuando se vio este asunto en materia de amparo que después vamos a ver, pues tal y como lo sostuve desde la discusión del presente asunto en torno a la constitucionalidad del D.T.A. y los efectos de la concesión, dicha circunstancia no es trascendente para identificación del concepto, pues supondría que el formato con valor normativo, lo cual desde luego no se comparte; asimismo debe hacerse notar que el artículo 16 de la Ley Aduanera, establece que la contraprestación

que se paga a los particulares que prestan el servicio da lugar al traslado y pago del IVA, dicha causación se actualiza en cabeza del prestador de servicios trasladándose al usuario del mismo, el cual efectúa el entero conjunto de precio e IVA, si los servicios fueran prestados por el Estado y si el monto pagado correspondiera a éste no se causaría IVA, en razón de que los servicios prestados por este último, en virtud de los cuales se cobren derechos no causan el gravamen de conformidad con el artículo 3º de la Ley del IVA; este razonamiento ha sido reconocido específicamente en la tesis emitida por la Segunda Sala, entiendo que por unanimidad de cuatro votos.

En la página 162 del proyecto se trata de refutar el sentido o la aplicación de esta tesis y con argumentos que yo no comparto, se dice: Sin embargo, no estudiaron ni se pronunciaron esas tesis sobre la naturaleza privada o pública de tales recursos, por lo que aun cuando efectivamente, como se dijo, dichos servicios son necesarios para que la autoridad lleve a cabo el trámite aduanero, pero no son propiamente un derecho, esta circunstancia no los hace de naturaleza privada, pues desde que ingresan a la esfera de acción del gobierno federal y éste destina su uso, son públicos; es decir, para enfrentar los argumentos de esta tesis de la Segunda Sala, en el proyecto se dicen dos cosas, en ese asunto se resolvió la Contradicción de Tesis 149/2003, la Segunda Sala no se pronunció sobre lo público y lo privado y, con independencia de eso se reitera el argumento de lo público que insisto, yo en lo personal no comparto. Sobre este tema, me parece, que no debemos pasar por alto que el artículo 1º de la Ley Federal de Derechos prescribe lo siguiente: Cuando se concesiona o autorice que la prestación de un servicio que grave esta Ley se proporcione total o parcialmente por los particulares, deberá disminuirse el cobro del derecho que se establece por el mismo en la proporción que representa el servicio concesionado o prestado por un particular respecto del servicio total; todo lo anterior, me parece, es congruente con lo sostenido por este Tribunal Pleno al resolver el Amparo en Revisión 968/2005, fallado en sesión de quince de noviembre de ese mismo año, en el cual se concluye lo siguiente, cito: El monto por el procesamiento electrónico de datos no forma parte del sistema de derechos por trámite aduanero a que se refiere el artículo

49, fracción I de la Ley de Derechos, porque no constituye una contribución ni tiene matices fiscales.

Este proyecto como lo recordarán los señores ministros, se resolvió en noviembre de dos mil cinco, repito, por unanimidad de once votos en cuanto a la concesión del amparo y por una mayoría de siete sobre los efectos, asunto que en este momento no es aplicable, entonces, en ese caso dijimos: sí es posible distinguir entre fondos públicos y privados y así fue como resolvimos y otorgamos el amparo.

En segundo lugar, me parece que apoya esta hipótesis que estoy sosteniendo las precisiones observadas o emitidas en el propio pliego de observaciones de la Auditoría Superior de la Federación que está aquí y ahora me voy a referir a él, visible en la hoja 243 del tomo I del dictamen, en el cual se distinguen los siguientes rubros y lo hace la propia auditoría: El D.T.A. ha causado que equivale a dos mil ochocientos seis millones de pesos, el pago de la contraprestación por servicio de procesamiento electrónico de datos equivale a mil quinientos veintiocho millones de pesos y el pago del servicio por segundo reconocimiento aduanero que se eleva a la cantidad de cuatrocientos setenta y tres y otros números de millones de pesos.

Los rubros identificados con los incisos b) y c), este pago de la contraprestación y pago del servicio, los cuales presumiblemente incluyen I.V.A., fueron depositados en el fideicomiso destinado al pago de dichas contraprestaciones, los cuales son recursos privados, me parece que eso es lo que se afirma aquí; en tal virtud, de conformidad con la Ley Aduanera, lo concentrado en la Tesorería de la Federación por concepto de D.T.A., corresponde únicamente al saldo, mismo que asciende a la cantidad de ochocientos tres millones de pesos, que ahí sí son de naturaleza pública.

Por último, debe precisarse, a mi juicio, que contrario a lo argumentado en la consulta, lo prescrito en los artículos 30 de la Ley del Servicio de la Tesorería así como 32 y 26 de su Reglamento no serían aplicables al caso concreto, pues estos se refieren a recursos públicos entre los

cuales no se encuentra el concepto en cuestión, dejaría para más adelante esas cuestiones; en síntesis, lo que está aquí en el pliego de observaciones que emitió la Auditoría y con el cual se inicia este conflicto, sí me parece que hay un adecuado deslinde entre los tres montos y lo que la Auditoría entonces pretende auditar son esas cantidades que se están entregando por contraprestación de servicios en el desglose que ella misma hace, que se trasladan a los fideicomisos, toda vez que estimo yo, que esos recursos son de naturaleza privada como lo hemos sostenido por unanimidad de once votos en otros asuntos; en consecuencia, yo estaría en contra del proyecto, básicamente a partir de la tesis fundamental sobre la naturaleza de estos recursos.

Gracias señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Gracias a usted señor ministro.

Tiene la palabra el señor ministro don Guillermo Ortiz Mayagoitia.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: Muchas gracias señor presidente.

Es para mí indispensable hacer una breve referencia al sistema del derecho de pago por derechos de trámite aduanero.

Conforme al artículo 49 de la Ley Aduanera, vigente en el momento de la recaptación de estos recursos, 149 de la Ley actual, el pago que se hace a cambio de los servicios de trámite aduanero es un derecho, por tanto, conforme a la Ley Aduanera, no cabe duda que es un ingreso fiscal y como ingreso, es público en su totalidad; pero luego en el artículo 16 de la Ley Aduanera, perdón, el 49 es de la Ley Federal de Derechos, el 16 es de la Ley Aduanera, descompone el pago de este derecho en tres porciones y dice literalmente en la página 152 del proyecto, que la Secretaría de Hacienda, podrá autorizar a particulares a prestar otros servicios que faciliten el reconocimiento aduanero de las mercancías; la propia Secretaría determinará las cantidades que 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; quiero significar también que en el caso concreto, la Secretaría ha autorizado a particulares a prestar el servicio; primero, autorizó indistintamente personas físicas y personas morales, después hubo un cambio en la Ley, conforme al cual, solamente las personas morales pueden obtener esta autorización, pero físicas o morales, siguen siendo particulares, ya se dio ese hecho.

La Secretaría, dice la segunda parte, determinará las cantidades que como prestación pagarán las personas que realicen las operaciones aduaneras a quienes presten estos servicios.

Ya se hizo también en disposición expresa, conforme a la cual, solamente el 8% del derecho de trámite aduanero que paguen quienes pretendan introducir o exportar mercancías al país, es el pago fiscal propiamente dicho y todo lo demás corresponde al pago de los servicios a particulares con el I.V.A., incluido, esto lo dice la Ley.

Hay una disposición importante, en ningún caso dará lugar a un saldo a favor acreditable contra otras operaciones, ni a devolución; aquí vemos como la Ley hace un candado, el acreditamiento en materia fiscal, da lugar a dos posibilidades: al pago de impuestos diferentes de aquél de que se trata, impuestos federales, o cuando el derecho de acreditar excede las obligaciones fiscales del causante, puede pedir la devolución del saldo a favor. En I.V.A., señores ministros, se da mucho esta devolución de saldos a favor a particulares.

¿Por qué aquí no procede la devolución a quien hizo el pago? Porque la Secretaría de Hacienda por mandato expreso de esta Ley, adquirió directamente la obligación de hacer el pago a los particulares autorizados a prestar el servicio de validación o revalidación electrónica de datos, y entonces, teniendo esta obligación de entero a su cargo, no sería lógico ni jurídico que la devolución se hiciera directamente a quien hizo el pago, resultaría que no pagó nada.

Pero el párrafo que sigue del artículo 16 es muy interesante, dice: “La Secretaría determinará, mediante reglas, el porcentaje que del total corresponde a tres conceptos: a los derechos, a los particulares y el impuesto al valor agregado trasladado con motivo de la contraprestación.”

Por eso decía yo que el artículo 16 de la Ley Aduanera descompone el pago originalmente único que se hace en una institución bancaria en tres partidas diferentes; dentro de estas partidas está el IVA, está el derecho reconocido en jurisprudencia de la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia, al acreditamiento con efectos inclusive de devolución, porque el acreditamiento del I.V.A., se sustrajo de esta norma que no permite la devolución, y entonces la Secretaría de Hacienda dijo: “Devuélvase en términos del artículo 4º, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado”.

Hacienda, primero el banco recibe el pago total de los llamados derechos de trámite aduanero que entera en el cien por ciento al SAT, a través de la administración correspondiente; el SAT tiene la obligación de descomponer esta suma: la parte fiscal, que es el 8% de lo pagado, la concentra en la Tesorería de la Federación; la parte que corresponde a particulares la entrega a un fideicomiso, pero la misma Ley está diciendo, este dinero es de los particulares; y en cuanto al IVA, tuvo que haber instrumentado un procedimiento para concentrar ese pago y darle el tratamiento fiscal que corresponda al IVA.

Entonces vean ustedes señores ministros, si un particular obtiene devolución de IVA, por el derecho de acreditamiento que sale de aquí y recibe dinero en efectivo, pues no cabe duda que ese es un dinero particular, de particular, y por lo tanto no es auditable.

Consecuentemente, la circunstancia de que la parte que corresponde al pago de los derechos a particulares no se le devuelva al causante, sino que se entregue a un tercero, que es el fideicomiso encargado de administrar estos fondos y de hacer a su vez los pagos a particulares, está recibiendo ya fondos de particulares.

No, no veo pues argumentos legales sólidos para contradecir esta parte expresa de la ley, "...dinero que corresponde a los particulares..."; y decir, aunque corresponda a los particulares son fondos públicos. Estamos alterando la disposición expresa de la norma, por eso es que originariamente se constituyó un fideicomiso particular, y por qué un fideicomiso particular, porque hay un interés público de la Secretaría de Hacienda en el buen manejo de estos fondo, desde luego, pero en el control de la calidad de los servicios de trámite aduanero que prestan terceros, otros particulares, a quienes se les hacen los pagos correspondientes, y hay definiciones a través de disposiciones internas de la Secretaría de Hacienda sobre el manejo de los excedentes y su destino, todos ellos tendientes a mejorar el servicio de trámite aduanero.

Ahora bien, recibido el cien porciento del impuesto, pareciera ser que debe entregarse el cien por ciento a la Tesorería, esto dice el artículo 30, de la Ley de Ingresos de la Federación, pero en el proyecto se reconoce que hay excepciones, y una de estas excepciones queda precisamente a cargo de la propia Secretaría de Hacienda o de la Tesorería de la Federación. El señor ministro Góngora Pimentel, leyó el artículo 30, en esta parte categórica.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Señor ministro, está en la página 172.

SEÑOR MINISTRO ORTIZ MAYAGOITIA: Gracias señor ministro presidente, aquí está: "Todos los fondos que dentro del territorio nacional se recauden por cualquiera de los auxiliares, deberán concentrarse invariablemente en la Tesorería". El 26: "Todos los fondos que se recauden dentro del territorio nacional, provenientes de la aplicación de la Ley de Ingresos de la Federación, se concentrarán en la Tesorería el mismo día que se efectúe la recaudación con las excepciones siguientes". Hasta aquí pareciera: Hoy me pagaron tantos miles de pesos por derecho de trámite aduanero, los concentro a la Tesorería de la Federación, y que el desglose de cuáles son los fondos de particulares, qué parte corresponda la IVA, lo materialice la Tesorería de la

Federación; este sería el sistema, pero adelante aparece el artículo 32, en la página 174, y aquí dice: “Cuando por disposición legal, los fondos que se recauden en territorio nacional o extranjero, estén destinados para fines específicos de las propias dependencias y tengan encomendadas su administración hasta por los montos autorizados de esta Secretaría, éstos no se concentrarán en la Tesorería”; no es la hipótesis, “tampoco se concentrarán los ingresos de las entidades y otros a favor de terceros, cuando así lo dispongan los ordenamientos legales o lo determinen la Secretaría o la Tesorería”. Es decir, yo convengo en que en el acto mismo en que el recurso ingresa, se hace por concepto de un pago fiscal, derechos, y en ese momento del pago, es dinero público; una vez recibido ya materialmente en el servicio de administración tributaria, éste tiene la obligación de descomponerlo en tres partidas: parte fiscal, parte de I.V.A., y dinero de los particulares; a cada tramo le debe dar una aplicación, un destino diferente; el que corresponde a los particulares, no lo concentra la Tesorería, y éste parece ser el principal problema que se ha suscitado, por qué no lo concentra la Tesorería, porque hay disposición expresa de la Secretaría de Hacienda y hay convenio entre la Secretaría de Hacienda y la Tesorería, conforme al cual es dinero que se recibe a favor de terceros y están exentos, eximidos de la obligación de concentrarlos inmediatamente en la Tesorería.

Qué se hace con este dinero de particulares, se introducía, se canalizaba a un fideicomiso particular que administra ya devoluciones de dinero que corresponde a terceros, y que lo va a su vez, a materializar pagando a quienes materialmente prestaron el servicio, pero como decía el señor ministro Aguirre Anguiano, son cuestiones técnicas altamente especializadas, hay garantías recíprocas entre el fideicomiso y los prestadores del servicio; Primero.- de que prestado el servicio hasta validar no se va a rehusar el pago, y la exigencia de parte del fideicomiso de que el servicio sea eficaz y eficiente.

Pero yo creo que todo este detalle que estoy dando, sumado a la jurisprudencia de la Primera Sala que fue asumida por el Tribunal Pleno, en el sentido de que cuando un particular gana un amparo por

inconstitucionalidad del artículo 49 de la Ley Federal de Derechos, la declaración de inconstitucionalidad de esta norma, no le da derecho a que se le devuelva el monto total del impuesto, sino solamente la parte fiscal, por qué, porque aquel dinero que corresponde a los particulares que prestaron el servicio, ya se le dio ese destino particular y concreto de hacer el pago.

Entonces es también muy interesante comentar el distinto sistema que establece el artículo 1º de la Ley Federal de Derechos, dice: “Cuando para la prestación de un servicio público, se autorice o concesione parte de las actividades a particulares, el costo de los servicios que prestan los particulares, se reducirá de la cuota que corresponde al derecho”.

Entonces si no se hubiera previsto esta intermediación de un fideicomiso creado ex profeso para un mejor control del servicio, qué sucedería, que el particular el que quiere estos derechos de trámite aduanero, tendría que ir y pagar directamente a quien le presta el servicio, como hacemos con la verificación de automóviles, como hacemos con otro tipo de servicios, y esa parte se le reconoce como parte del pago fiscal, pero nunca fue dinero público la transferencia de fondos de particular a particular.

Mi convencimiento, señores ministros, es de que se trata de fondos particulares y que por tanto no están sujetos a auditación del órgano superior de fiscalización.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES: Gracias señor ministro, en este orden, el señor ministro Servio Valls Hernández, el señor ministro Juan Silva Meza y el señor ministro don Genaro David Góngora Pimentel.

Tiene la palabra el señor ministro Valls.

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: Gracias señor presidente, después de esta muy brillante intervención del señor ministro Ortiz Mayagoitia, con la cual desde luego estoy de acuerdo, solamente quiero abundar en un aspecto referido al artículo 13 de la Ley de Ingresos de la

Federación para el ejercicio fiscal de 2004, cuando suceden los hechos que nos ocupan.

Todos los ingresos que se recauden por parte de las dependencias o sus órganos administrativos desconcentrados, por los diversos conceptos que establece dicha Ley, deberán enterarse a la Tesorería, dice ese artículo 13.

Y esos conceptos a que se refiere esto, son los contenidos en el artículo 1º de la Ley de Ingresos, y son los ingresos que se generen por impuestos, derechos, aprovechamientos, productos, contribuciones de mejoras, ingresos de organismos y empresas, tales como las aportaciones también de la seguridad social y los ingresos derivados de financiamiento, estos son 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.

En ese orden de ideas, la Secretaría de Hacienda enteró a la Tesorería de la Federación, por concepto de derechos de trámite aduanero, las cantidades que correspondían –como ya lo decía el señor ministro Ortiz Mayagoitia- al derecho de trámite aduanero, la contraprestación por el I.V.A., pero no la contraprestación por el servicio de procesamiento de datos.

Esto, porque estos conceptos, como ya ha quedado explícitamente –muy explícitamente- dicho por el señor ministro Ortiz Mayagoitia, no forman parte de un ingreso público, además en los términos del artículo 1º de la Ley de Ingresos de aquel año; corresponden al pago de un servicio que se presta a un particular por otro particular, corresponden pues a la contraprestación por ese servicio de procesamiento electrónico de datos. Ya se ha dicho que el monto, este monto, correspondiente a la citada contraprestación no es un ingreso público, deriva de una relación de particular a particular; el que hace el trámite aduanero y el que presta ese servicio de procesamiento de datos, procesamiento electrónico.

En ese orden de ideas, considero que al no tener la naturaleza de ingresos públicos, tanto por lo que se ha dicho aquí por el ministro Cossío, por el ministro Ortiz Mayagoitia, por lo que expresa la Ley de Ingresos de la Federación del año 2004, la naturaleza no es de ingresos públicos, sino que eso justifica que no se entere a la Tesorería de la Federación, y la Auditoría Superior de la Federación está partiendo de un criterio contrario a lo establecido tanto por las leyes ya citadas cuanto por esta Corte y en el criterio sostenido por el Pleno, al resolver el Amparo 968/2005, ya citado anteriormente.

Muchas gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES.- Señores ministros, están en la lista para hacer uso de la palabra el señor ministro Silva Meza y el señor ministro Góngora Pimentel.

Como este tema que estamos examinando ahorita es el fundamental, por una parte, y por la otra, que el señor ministro ponente ha llegado a verificar que hay varias observaciones que se le han hecho a su proyecto, yo sugeriría que levantáramos la sesión y quedaran en lista de espera, para hacer uso de la palabra en la próxima sesión, el señor ministro Silva Meza y el señor ministro Góngora Pimentel.

SEÑOR MINISTRO GÓNGORA PIMENTEL.- Sí, estoy de acuerdo, señor presidente, en que se levante la sesión; nada más hay que irnos con la inquietud: ¿a quién pertenece el dinero de los frutos del fideicomiso?

Gracias señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE EN FUNCIONES.- Planteada la pregunta para reflexionar, se levanta la sesión y se cita a los señores ministros para la próxima, que deberá tener lugar el lunes próximo.

(SE LEVANTÓ LA SESIÓN A LAS 14:00 HORAS).