

VOTO PARTICULAR

Que formula el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel en contra de la sentencia del Tribunal Pleno que resolvió la controversia constitucional 91/2003, promovida por el Poder Ejecutivo Federal, en contra de actos realizados por el Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos, a través de la Auditoría Superior de la Federación.

En la sentencia respecto de la que formulo el presente voto particular, el Tribunal en Pleno, por mayoría de ocho votos, con el voto en contra de los señores Ministros José Ramón Cossío Díaz, Juan N. Silva Meza y del suscrito, decidió declarar la invalidez de diversos oficios emitidos por el Auditor Especial de Desempeño de la Auditoría Superior de la Federación dirigidos al Secretario de Hacienda y Crédito Público, al Secretario Ejecutivo del Instituto de Protección al Ahorro Bancario y al Secretario de la Función Pública, así como de las recomendaciones y observaciones derivadas de la auditoría 199.

El problema que se planteó ante este Alto Tribunal conllevaba el cuestionamiento del ejercicio de las facultades de la Auditoría Superior de la Federación en un asunto de suma trascendencia, relativo a la administración del Programa de Compra y Capitalización de Cartera realizado por el FOBAPROA y al cumplimiento al artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario.

La decisión mayoritaria se inclinó por dar la razón al Poder Ejecutivo, lo que pone en un serio predicamento a las facultades de la Auditoría Superior de la Federación, las que después de la presente resolución han sido afectadas, en tanto que reduce el ámbito de actuación al ente fiscalizador, como se explicará en el presente voto particular.

En los conceptos de invalidez estudiados en la sentencia, se expuso en esencia en lo siguiente:

1. Que los oficios de seguimiento a las recomendaciones inicialmente formuladas, constituyen en realidad órdenes, por lo que los mismos significan una violación al principio de división de poderes.

2. Que los oficios impugnados violan los principios de anualidad, retroactividad, seguridad jurídica, fundamentación y motivación regulados por la Constitución Federal.

Ahora bien, la sentencia considera fundados estos argumentos, lo cual sustenta en las consideraciones siguientes:

a) Que la dificultad principal del asunto radica en determinar el marco jurídico aplicable para elucidar la constitucionalidad de los actos impugnados.

b) Que en el caso de las relaciones interinstitucionales los principios de fundamentación y motivación tienen una distinta intensidad, sin embargo, la Suprema Corte no puede sustituir el criterio de la autoridad demandada en cuanto a la decisión de la fundamentación competencial elegida para la emisión de los oficios controvertidos, por lo que la determinación del marco normativo aplicable debe partir del análisis de los oficios impugnados.

c) Que en el caso de las recomendaciones originalmente formuladas, aun cuando existe duda de su naturaleza, las mismas se consideran recomendaciones, sin embargo, los oficios de seguimiento de recomendaciones, que son los impugnados en la controversia constitucional, abandonan “el sentido neutro” de las primeras actuaciones y refiere ahora que se deben tomar “medidas preventivas y correctivas para evitar daños a la Hacienda Pública Federal”, instrucción que resulta suficiente para estimar que no se trata de recomendaciones, sino de observaciones cuyo incumplimiento puede derivar en la imposición de sanciones.

Que lo anterior se confirma ya que tanto los oficios reclamados como los que le antecedieron son posteriores a la entrega del Informe del Resultado de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2001, es decir, después de que se concluyó la etapa de fiscalización en sentido estricto y que la construcción de los oficios revela que se trata de instrucciones a ejecutar “sin demora”, pues a nadie escapa que la sola circunstancia de recibir una indicación en ese sentido moviliza al afectado a evitar en lo futuro mantener esa “imagen desfavorable” y que la presentación de la controversia constitucional es sugerente de lo intimidatorio de la situación; asimismo, que con los mismos no se pretendía obtener más información a fiscalizar, pues esa etapa ya había concluido, *sino preparar la antesala a la siguiente que tiene fines resarcitorios.*

d) Que debe tomarse en cuenta lo resuelto en la controversia constitucional 36/2003, en la que se esclarecieron en esencia dos puntos:

1. Que la Auditoría Superior de la Federación, actuando en sustitución de la Contaduría Mayor de Hacienda, no tiene facultades

imperativas en relación con los entes auditados para ordenarles o conminarlos a la realización de actos específicos, precisos y concretos, tendentes a superar lo que a juicio de dicho órgano técnico constituyen irregularidades.

2. La Auditoría Superior de la Federación invade la competencia constitucional del Poder Ejecutivo si emite actos específicos, precisos y concretos tendentes a sustituir dicho Poder en su función de ejecutor o administrador directo de los recursos públicos.

Que los actos tendentes a ordenar o conminar al Poder Ejecutivo a la realización de actos específicos, precisos y concretos, que afecten las facultades decisorias de dicho Poder en la ejecución, aplicación y administración directa de los recursos públicos, para superar lo que a juicio de dicho órgano técnico constituyen irregularidades, son contrarios al sistema de competencias previsto en la Constitución Federal.

e) Que los oficios impugnados en la controversia constitucional 36/2003 y que fueron declarados inválidos, coinciden en cuanto a su estructura con los que en la presente controversia se han impugnado, por lo que la fórmula o el referido formato de instrucción que fue declarado inconstitucional con base en las dos razones antes expuestas (falta de imperatividad e invasión materia de atribuciones), es el que nuevamente constituye el objeto de este pronunciamiento.

Que la Auditoría Superior de la Federación, en los oficios que son materia de la presente controversia constitucional, también instruye al Poder Ejecutivo a que implemente acciones que disminuyan las cantidades señaladas y sus correspondientes intereses del pagaré y/o de la obligación, y a que cancele su aval sobre dichos créditos e informe a la Auditoría de las acciones implementadas.

f) Que toda vez que el Ejecutivo es el encargado de ejecutar y aplicar determinadas forma y sentido a la gestión financiera del Estado, para ello tiene distintas opciones de actuación con lo que implica que cuenta con un margen de libertad muy amplio a esos efectos, limitado sólo por la ley y el ámbito de competencia de sus homólogos.

Que en los oficios controvertidos, el ente fiscalizador cierra las opciones del Ejecutivo en orden a corregir las posibles irregularidades en relación con los pagarés de mérito, ya que solamente le otorga una alternativa concreta a dicho Poder: disminución o sustitución de créditos y cancelación del aval respectivo; por lo que el hecho de que a través de los oficios controvertidos, la Auditoría Superior invada ese margen de libertad decisoria a efecto de corregir las posibles irregularidades detectadas, constituye una actuación que va más allá de las facultades constitucionales de

aquella y su eficacia conduciría a que la Auditoría rebasara sus atribuciones traslapando las del Ejecutivo en la toma de decisiones de esa materia, por lo que el concepto de invalidez que alega invasión de esferas resulta fundado.

g) Que lo anterior es así no obstante que se estimara que la Auditoría Superior de la Federación cuenta con facultades de imperio a partir del año de dos mil uno, incluso en la fiscalización de programas y actos realizados con anterioridad a dicha fecha, puesto que subsiste otro motivo de inconstitucionalidad que es la invasión de esferas de la competencia del Poder Ejecutivo, por haber emitido actos específicos y concretos que corresponden a dicho Poder en su función de administrador directo de los recursos públicos, lo que puede aplicarse también en el precedente de la controversia constitucional 61/2004, en donde se decidió que si bien la Auditoría Superior de la Federación cuenta con facultades de imperio a partir de la revisión de la Cuenta Pública de dos mil uno, ello no conduce determinar que se encuentre constitucionalmente autorizada para extender su competencia constitucional disminuyendo la del Ejecutivo.

h) Que el contenido de las observaciones en las que se solicita se modifiquen algunos de los términos pactados en las operaciones relativas al Programa de Capitalización y Compra de Cartera implican una violación al principio de anualidad instituido en el artículo 79 de la Ley Fundamental y a lo dispuesto en el artículo Segundo Transitorio del decreto de reformas constitucionales de 30 de julio de 1999, pues dicho mecanismo de saneamiento emprendió sus actividades en el mes de junio de 1995 y las concluyó en el mes de diciembre de 1998, por lo que es necesario concluir que la Ley de Fiscalización Superior de la Federación en vigor a partir del 30 de diciembre de 2000, resulta inaplicable para fundamentar todo el procedimiento de fiscalización que llevó a cabo la Auditoría Superior de la Federación, y que culminó con la emisión de los 34 oficios reclamados, debido que su vigencia no puede extenderse hacia el pasado.

Que la auditoría 199 que se llevó a cabo en términos de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, para verificar el desempeño del IPAB, en su función específicamente destinada a sustituir, por uno nuevo, al Programa de Capitalización y Compra de Cartera, conforme a lo previsto en el artículo 5° Transitorio de la ley que creó dicho Instituto, no obstante que las operaciones de inicio y cierre de ese programa se llevaron a cabo con anterioridad a la vigencia de dicha ley, por lo que tampoco pueden ser auditadas en términos de la legislación actual que sustituyó la vigente en aquella época, y que era la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda.

Que tampoco puede justificar la aplicación de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, la circunstancia de que la auditoría 199 y la

emisión de los oficios reclamados se enmarque en la revisión del resultado de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal de 2001, en virtud de que la materia de auditoría y de los oficios citados no la constituyen programas —o ejecución de ellos— realizada durante su ejercicio presupuestal, sino el Programa de Capitalización y Compra de Cartera, cuya apertura y conclusión se verificó años atrás, y no debe someterse a una fiscalización si no ha reportado ejecución alguna durante 2001, lo anterior significa que la Auditoría Superior de la Federación no tiene facultades para fiscalizar a través de la revisión del resultado de la Cuenta Pública los términos en que fue pactado el Programa de Capitalización y Compra de Cartera y, menos aún, con apoyo en una ley inexistente al finalizar ese Programa.

Que sería distinto el caso si la fiscalización recayera sobre el egreso que, en su caso, se reportará en el ejercicio respectivo con motivo de la ejecución del mismo Programa, evento que permitiría a la Auditoría Superior de la Federación revisar exclusivamente dicha ejecución con motivo de la revisión del resultado de la Cuenta Pública correspondiente.

No comparto la conclusión de la sentencia, porque en mi opinión existe una indebida fijación de la litis, así como de la naturaleza jurídica de los oficios impugnados, por lo que debió reconocerse su validez.

I. Naturaleza jurídica de los actos impugnados e inexistencia de una invasión a la esfera de competencias del ejecutivo federal

En la sentencia se concluye que los oficios impugnados no constituyen el seguimiento de recomendaciones, sino observaciones de cuyo incumplimiento puede derivar la determinación de sanciones, en tanto que abandonan “el sentido neutro” de las primeras recomendaciones y refiere ahora que se tomen “medidas preventivas y correctivas para evitar daños a la Hacienda Pública Federal”.

Se argumenta también que lo anterior se confirma ya que tanto los oficios reclamados como los que le antecedieron son posteriores a la entrega del Informe del Resultado de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2001, es decir, después de que se concluyó la etapa de fiscalización en sentido estricto y que la construcción de los oficios revela que se trata de instrucciones a ejecutar “sin demora”, pues a nadie escapa que la sola circunstancia de recibir una indicación en ese sentido moviliza al afectado a evitar en lo futuro mantener esa “imagen desfavorable” y que la presentación de la controversia constitucional es *sugerente de lo intimidatorio de la situación*; asimismo, que con los mis-

mos no se pretendía obtener más información a fiscalizar, pues esa etapa ya había concluido, *sino preparar la antesala a la siguiente que tiene fines resarcitorios*.

En mi opinión, la sentencia no realiza un análisis detenido de los oficios impugnados, sino que con base en inferencias concluye que estamos ante observaciones, pues afirma que la promoción de la controversia constitucional revela el carácter intimidatorio de los oficios impugnados y, además, que estamos ante la presunta preparación de la antesala a la siguiente etapa que tiene fines resarcitorios.

A fin de atender este argumento, era elemental para efectos de la resolución de la controversia constitucional, determinar la naturaleza de los actos impugnados, desprendiéndola de un análisis completo de los oficios impugnados y no de un análisis de lo que “pretendió” realizar el Auditor Superior de la Federación.

Considero que los actos impugnados no contienen órdenes que obliguen a actuar al Poder Ejecutivo en el sentido en que las recomendaciones fueron formuladas, sino que dichos oficios sólo contienen la opinión de la Auditoría Superior de Fiscalización, respecto al seguimiento de las recomendaciones originalmente formuladas en los oficios de tres de abril de dos mil tres, generados con motivo del Informe de Resultados de la Revisión y Fiscalización de la Cuenta Pública 2001 emitido por dicha Auditoría.

En efecto, contrario a lo que se argumenta en la sentencia, en los oficios no se advierte una orden, ni siquiera la imperatividad en la redacción, mucho menos la existencia de algún apercibimiento en donde se indique alguna sanción para el caso de que no se cumpla con la recomendación.

Para demostrar lo anterior, resulta necesario atender al contenido de los oficios. Toda vez que casi todos los oficios comparten la misma estructura, haremos referencia al Oficio AED/DGAE/232/2003, analizándolo parte por parte a fin de determinar si se desprende la imperatividad de la que se duele el Poder Ejecutivo.

Este Oficio, al igual que los restantes, se encuentra estructurado en cuatro partes: a) Antecedentes, b) Seguimiento de recomendación, c) Atribuciones y facultades y d) Consideraciones finales. A continuación analizaremos el proemio y la parte de los antecedentes que son del tenor siguiente:

OFICINA DEL AUDITOR ESPECIAL DE DESEMPEÑO
Oficio AED/DGAE/232/2003

México, D. F., a 13 de agosto de 2003

LIC. FRANCISCO GIL DÍAZ
SECRETARIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
PRESENTE

ANTECEDENTES

1. Con fundamento en los artículos 74, fracción IV y 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 74, fracción IV de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, el día 12 de julio de 2002 se presentó a la Cámara de Diputados el Programa de Auditorías, Visitas e Inspecciones correspondiente a la Cuenta de la Hacienda Pública Federal 2001, incluyendo en dichos trabajos, bajo el número 199, en auditoría al Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, organismo público descentralizado, sectorizado en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
2. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público fue notificada el 12 de julio de 2002, de su inclusión en los trabajos de la revisión de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal 2001, mediante el oficio núm. OASF-1085/2002.
3. Mediante el oficio núm. AED/DGAE/222/02, fue notificada al Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, la auditoría número 199 a las operaciones FOBAPROA-IPAB, para comprobar el cumplimiento de la normatividad en la materia.
4. La auditoría referida en el punto inmediato anterior fue practicada, en ejercicio de sus facultades por la Dirección General de Auditorías Especiales de la Auditoría Superior de la Federación, iniciando el 22 de agosto de 2002 y concluyendo el 4 de marzo de 2003, de tales trabajos, la indicada Dirección General emitió el informe de resultados correspondiente, el cual se integró al "Informe del Resultado de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2001".
5. Con fundamento en el artículo 79, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 31 de marzo de 2003, la Auditoría Superior de la Federación presentó el "Informe del Resultado de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2001" a la Cámara de Diputados, por conducto de la Comisión de Vigilancia.
6. Mediante el oficio núm. OASF-430/2003 de fecha 3 de abril de 2003, del cual se anexa copia, al que se acompañaron los resultados de la revisión y fiscalización de la Cuenta Pública 2001 se hicieron del conocimiento de la Comisión Nacional Bancaria y de

Valores las observaciones y acciones promovidas, emitidas con fundamento en el artículo 77, fracción VII y demás relativos de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación.

7. De dichas observaciones-acciones promovidas, con fundamento en el artículo 77, fracción VII, de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, y 7°, fracción VI del Reglamento Interior de la Auditoría Superior de la Federación, a continuación se hace de su conocimiento uno de las que se determinó como no solventada, de las formuladas a dicha Comisión, conforme al dictamen técnico elaborado por la Dirección General de Auditorías Especiales dependientes de esta Auditoría Especial de Desempeño, en ejercicio de sus facultades”.

De esta primera parte, tenemos una mera relación de antecedentes que por sí es insuficiente para estimar que se actualiza alguna lesión en la esfera de competencias del Poder Ejecutivo Federal. Inclusive, acudamos al artículo 77, fracción VII, de la Ley de Fiscalización Superior que es citado en los puntos 6 y 7 de dicha relación de antecedentes, que a la letra dice:

ARTÍCULO 77. Sin perjuicio de su ejercicio directo por el Auditor Superior y de conformidad con la distribución de competencias que establezca el Reglamento Interior, corresponden a los Auditores Especiales las facultades siguientes:

(...)

VII. Formular las *recomendaciones* y los pliegos de observaciones que deriven de los resultados de su revisión y de las auditorías, visitas o investigaciones, las que remitirá a los Poderes de la Unión y a los entes públicos federales.

Del precepto anterior tenemos la facultad del Auditor Superior y de los Auditores Especiales de formular recomendaciones y pliegos de observaciones derivados de los resultados de sus auditorías, que deben ser remitidos a los Poderes de la Unión y a los entes públicos federales, sin embargo, del supuesto citado no se desprende sanción alguna para el caso del incumplimiento.

Es necesario estudiar la segunda parte, para determinar si aquí se desprende alguna orden concreta:

SEGUIMIENTO DE RECOMENDACIÓN

ACCIÓN PROMOVIDA NÚM. 01-06B00-6-199-01-002

RECOMENDACIÓN

Es necesario que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores aclare y compruebe a la Auditoría Superior de la Federación, que los créditos relacionados incluidos en la cartera originadora de flujos adquirida por

el Fondo Bancario de Protección al Ahorro a Banco Nacional de México, S. A., en el Tramo I, cumplieron con la legislación y normatividad aplicables a la fecha de la operación, asimismo, confirme a esta entidad fiscalizadora que no fueron incluidos en la adquisición de los Tramos I y II otros créditos de los llamados relacionados del Grupo Empresarial SIDEK-SINAM-SITUR, diferentes a los ya determinados en esta revisión.

En cumplimiento al requerimiento formulado, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en su oficio de contestación núm. 601-I-031/2003 del 11 de junio de 2003, en su anexo IX, confirmó que los 22 créditos del Grupo Empresarial SIDEK-SINAM-SITUR, por un importe de 1, 931.2 millones de pesos, si son considerados relacionados de conformidad con lo señalado en el artículo 73 de la Ley de Instituciones de Crédito.

En la reunión del Comité Técnico del Fondo Bancario de Protección al Ahorro, correspondiente al Acta Núm. 56 de fecha 7 de julio de 1998, se aprobó la inclusión de 66 créditos relacionados con un importe de \$379, 413,182. 02 (TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TRECE MIL CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS 02/100 M.N.) correspondientes al Tramo I de Banco Nacional de México, S. A.; sin embargo, dicho Comité no aprobó incluir en la cartera originadora de flujos adquirida a Banamex los 22 créditos otorgados al Grupo Empresarial SIDEK-SINAM-SITUR.

A pesar de que la cartera originadora de los flujos que adquirió el Fondo Bancario de Protección al Ahorro no estaban autorizados los créditos relacionados del Grupo Empresarial citado en el párrafo anterior, Banco Nacional de México, S.A. los incluyó indebidamente.

Una vez analizada y evaluada tanto la recomendación, como la información y documentación recibida para su atención, en el contexto del análisis de los papeles de trabajo generados en el curso de la auditoría, y en ejercicio de las facultades de la Dirección General de Auditorías Especiales, se dictaminó que la acción promovida de referencia, nuestra solventada.

Por lo anterior, es necesario que esa dependencia a su cargo, como fideicomitente del FOBAPROA, implemente las acciones que permitan sustituir los créditos o disminuir de los pagarés o de las obligaciones del monto de 1.931.2 millones de pesos, a valor histórico, correspondiente a los 22 créditos relacionados del Grupo Empresarial SIDEK-SINAM-SITUR, incluidos en la compra de la cartera originadora de flujos del Tramo I de Banamex por el FOBAPROA, previa la actualización del importe, con sus respectivos intereses; así mismo, como representantes del Gobierno Federal, cancele su aval por dicho monto.

De la parte anterior, que con precisión se denomina “seguimiento de recomendación”, tenemos que con fecha 3 de abril de 2003 se realizó una recomendación, que como vimos en el capítulo de antecedentes tie-

ne como fundamento la fracción VII del artículo 77 de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, respecto de la cual el Poder Ejecutivo realizó las acciones que estimó procedentes y, en respuesta de dichas acciones, en seguimiento al documento originalmente formulado la Auditoría emite su opinión en el sentido de que dicha recomendación no ha sido solventada.

Ahora bien, de esta parte del oficio se podría desprender que existe cierta imperatividad en la recomendación que es realizada, sin embargo, ello sería sacar de contexto el oficio, pues en lo que debe ponerse acento es en las consideraciones finales, que posteriormente estudiaremos.

Por otra parte, al considerar que las recomendaciones son órdenes, estamos desbordando la materia propia de control de constitucionalidad, convirtiendo a este Alto Tribunal en una especie de corrector de estilo, al fijar un criterio en el sentido de que el Auditor Superior de la Federación no puede formular sus recomendaciones en un tono que lastime la susceptibilidad de los órganos auditados.

En la siguiente parte del oficio impugnado, que también se contiene en los actos impugnados, se le indica al órgano auditado las facultades que, en opinión del Auditor Superior, le permiten dar seguimiento a las recomendaciones. El oficio indica:

ATRIBUCIONES Y FACULTADES

En relación con lo expresado y considerando que, como es de su conocimiento, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en su carácter de autoridad financiera y presupuestal, como coordinadora sectorial y presidente de la junta de gobierno del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, la legislación aplicable le confiere, entre otras facultades y atribuciones, las previstas en las normas que a continuación se enuncian:

- ▶ Ley de Instituciones de Crédito, artículos 1°, 5°, 8° y 28.
- ▶ Ley de Protección al Ahorro Bancario, artículos 74, 75, 80, fracciones I, X, XVII, XVIII, XX, XXVII, 81, y 82, y Quinto y Octavo Transitorios.
- ▶ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, artículo 31, fracciones XIV, XV, XVI y XXII.
- ▶ Ley General de Deuda Pública, artículo 4°, fracción V.

Los preceptos anteriores son atribuciones del Poder Ejecutivo y no contienen alguna atribución de la Auditoría Superior de la Federación que implique la posibilidad de sancionar el incumplimiento de la recomendación.

Ahora bien, en las consideraciones finales que son elementales para poder comprender el sentido del oficio, se expone:

CONSIDERACIONES FINALES

PRIMERA. De conformidad con los antecedentes y fundamentos expuestos, se solicita que en el ámbito de sus atribuciones y facultades proceda, *en su caso*, a instrumentar las acciones promovidas enunciadas anteriormente para esa entidad fiscalizada a su cargo, en seguimiento de la revisión practicada al Programa de Capitalización y Compra de Cartera, registrada bajo el número 199 a que se refiere el presente, tomándose las medidas preventivas y correctivas para evitar daños a la Hacienda Pública Federal, actuando conforme a la normatividad aplicable.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus facultades y atribuciones determine efectuar ese órgano fiscalizado a fin de alcanzar los objetivos definidos en el artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999.

SEGUNDA. Agradeceré sean informadas a esta entidad de fiscalización superior de la Federación las acciones ejecutadas al respecto, solicitando además se integren y resguarden los documentos y demás constancias que formen los expedientes respectivos, para el efecto de las auditorías y demás acciones procedentes que realice en su oportunidad esta Auditoría Superior de la Federación, conforme a sus facultades. Lo anterior, con el objeto de que esta entidad de fiscalización superior de la Federación cuente con los elementos suficientes para la práctica de auditorías, revisiones y demás acciones de fiscalización para las que se encuentra facultada, *en relación con el ejercicio de recursos públicos federales en las operaciones del Fondo Bancario de Protección al Ahorro y el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, en términos del artículo Quinto Transitorio*, en relación con lo establecido por el artículo Décimo Séptimo transitorio ambos de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, *respecto del ejercicio de recursos públicos federales dentro de la Cuenta Pública correspondiente*.

TERCERA. Con fundamento en el artículo 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, el Reglamento Interior de la Auditoría Superior de la Federación y demás disposiciones aplicables, la Auditoría Superior de la Federación *fiscalizará la aplicación de los recursos que se ejerzan, promoviendo, en su caso, ante las autoridades competentes el fincamiento de las responsabilidades procedentes, incluidas las previstas en el Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

CUARTO. La Auditoría Superior de la Federación, conforme al artículo 16, fracciones V y VI, al Título Quinto y demás relativos de la Ley de Fiscalización, dará seguimiento al ejercicio de los recursos que las entidades fiscalizadas hayan erogado, conforme a los programas apro-

bados, montos autorizados y a las disposiciones legales y administrativas aplicables a la materia que se trate.

QUINTO. Esta Auditoría Especial a mi cargo, conforme al artículo 77, fracciones IV, VII, VIII, XI y demás relativos de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, tiene, entre otras, la facultad para ordenar y realizar auditorías, visitas e inspecciones, formular recomendaciones y los pliegos de observaciones que deriven de sus resultados e instruir los procedimientos para el fincamiento de las responsabilidades resarcitorias que correspondan. Lo anterior, permitirá además que la Auditoría Superior de la Federación pueda informar a la Cámara de Diputados, sobre la instrumentación procedente de las acciones promovidas.

Sin más por el momento le envío un cordial saludo.

El Auditor Especial de Desempeño, Roberto Salcedo Aquino.

De las denominadas “consideraciones finales” se desprende el siguiente contenido:

1) En el considerando primero se solicita al Secretario de Hacienda y Crédito Público que proceda “en su caso”, es decir, de estimarlo conveniente, a la instrumentación de las acciones promovidas y a que tome las medidas preventivas y correctivas para evitar daños en la Hacienda Pública, independientemente de las acciones que la propia Secretaría determine a fin de alcanzar los objetivos definidos en el artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario.

De lo anterior tenemos que se plasma el objetivo de la recomendación: Que se tomen las acciones convenientes para evitar daños en la Hacienda Pública Federal, algunas sugeridas por la Auditoría Superior, independientemente de las que por propia iniciativa asuma la Secretaría.

2) En el considerando segundo se solicita a la Secretaría que informe a la Auditoría Superior de la Federación sobre las acciones que se ejecuten, además de que se integren y resguarden los documentos respectivos en caso de que exista alguna auditoría. Además, se precisa que esta solicitud es para que la Auditoría Superior de la Federación cuente con elementos en revisiones diversas a la presente en relación con el ejercicio de recursos públicos federales en las operaciones del FOBA-PROA y el IPAB realizadas en términos del artículo Quinto Transitorio y se realiza una delimitación muy importante para esas revisiones futuras, pues se indica que estas serán *...dentro de la Cuenta Pública correspondiente*.

3) En el considerando tercero se indica que la Auditoría Superior de la Federación fiscalizará la aplicación de los recursos que se ejerzan y promoverá en su caso el fincamiento de responsabilidades. Resulta importante destacar que esta declaración se hace a futuro y respecto de los

recursos ejercidos, pero de ninguna manera puede concluirse que constituye una amenaza de sanción en caso del incumplimiento de la recomendación realizada en el oficio, pues como queda claro de su texto, este eventual fincamiento de responsabilidades será en relación con los recursos ejercidos, lo que, si se vincula con el considerando anterior, será dentro de la cuenta pública correspondiente.

4) En la cuarta consideración, tenemos que la Auditoría indica que dará seguimiento al ejercicio de los recursos que las entidades fiscalizadas hayan erogado, conforme a los programas aprobados, los montos autorizados y las disposiciones legales y administrativas aplicables. Ahora bien cita los artículos 16, fracciones V y VI, así como el Título Quinto. Los primeros preceptos indican:

ARTÍCULO 16. Para la revisión y fiscalización superior de la Cuenta Pública, la Auditoría Superior de la Federación tendrá las atribuciones siguientes:

(...)

V. Verificar que las entidades fiscalizadas que hubieren recaudado, manejado, administrado o ejercido recursos públicos, lo hayan realizado conforme a los programas aprobados y montos autorizados, así como, en el caso de los egresos, con cargo a las partidas correspondientes, además con apego a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables.

VI. Verificar que las operaciones que realicen los Poderes de la Unión y los entes públicos federales sean acordes con la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos de la Federación y se efectúen con apego a las disposiciones respectivas del Código Fiscal de la Federación y leyes fiscales sustantivas; las leyes General de Deuda Pública; de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal; orgánicas del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, de la Administración Pública Federal, del Poder Judicial de la Federación y demás disposiciones legales y administrativas aplicables a estas materias.

Ahora bien, el Título Quinto es el relativo a “De la Determinación de Daños y Perjuicios y del Fincamiento de Responsabilidades”, sin embargo, el recuento de las facultades del Auditor se hace respecto de los recursos que se ejerzan y no sobre el incumplimiento de las recomendaciones, por lo que no es posible desprender de esta cita un apercibimiento en forma.

5) En la quinta consideración se indica que la Auditoría Especial tiene la facultad para ordenar y realizar auditorías, visitas e inspecciones, formular recomendaciones y los pliegos de observaciones que deriven de sus resultados e instruir procedimientos de las responsabilidades resarci-

torias que correspondan. Nuevamente existe una enumeración genérica de sus facultades de las cuales no se puede desprender apercibimiento alguno.

Como se advierte, del contenido del oficio no podemos desprender que estemos ante órdenes, pues no encontramos en su redacción elementos que conminen al Poder Ejecutivo a actuar indefectiblemente en el sentido que sugiere la Auditoría Superior de la Federación en seguimiento a su recomendación.

Al respecto, toda vez que los oficios impugnados, en primer lugar, no inician un procedimiento para la determinación de responsabilidades resarcitorias y, en segundo, no contienen siquiera un apercibimiento en tal sentido, no podemos desprender que sean órdenes.

Para determinar con precisión el sentido de lo que es un apercibimiento atenderé a la jurisprudencia 1a./J. 20/2001 de la Primera Sala, cuyo rubro y texto indican:

MEDIDAS DE APREMIO. EL APERCIBIMIENTO ES UN REQUISITO MÍNIMO QUE DEBE REUNIR EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD PARA QUE SEA LEGAL LA APLICACIÓN DE AQUÉLLAS (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DE LOS ESTADOS DE NUEVO LEÓN Y CHIAPAS). Si bien dentro de las legislaciones procesales civiles del Distrito Federal y de los Estados de Nuevo León y Chiapas, no se encuentra específicamente reglamentado el procedimiento para la imposición de una medida de apremio, dado que únicamente se enumeran cuáles se pueden aplicar, y tomando en consideración que *el apercibimiento es una prevención especial de la autoridad hacia la persona a quien va dirigido el mandamiento, que especifica un hacer o dejar de hacer algo que debe cumplirse, que se concreta en una advertencia conminatoria respecto de una sanción que se puede aplicar en caso de incumplimiento*, puede concluirse que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal que consagran los principios de legalidad y seguridad jurídica, para que sea legal la aplicación de la medida, la autoridad debe emitir su mandamiento en términos y bajo las condiciones establecidas por dichos principios para que el gobernado tenga la certeza de que aquél está conforme con las disposiciones legales y sus atribuciones; así, los requisitos mínimos que tal mandamiento debe contener son: 1) La existencia de una determinación jurisdiccional debidamente fundada y motivada, *que deba ser cumplida por las partes o por alguna de las personas involucradas en el litigio*, y 2) *La comunicación oportuna, mediante notificación personal al obligado, con el apercibimiento de que, de no obedecerla, se le aplicará una medida de apremio precisa y concreta*.

La jurisprudencia anterior define con precisión el apercibimiento: Una prevención especial de la autoridad que lo emite hacia la persona a quien

va dirigido el mandamiento, que especifica un hacer o dejar de hacer algo *que debe cumplirse*, concretándose en una advertencia conminatoria respecto de una sanción que se puede aplicar en caso de incumplimiento. Asimismo, la Sala determina que éste debe contener como mínimo una determinación que debe ser cumplida y, además, la comunicación oportuna mediante la advertencia que de no ser obedecida, se aplicará una consecuencia de derecho *precisa y concreta*.

En el caso, los oficios no contienen ni siquiera un apercibimiento por ello, es inexacto darle la naturaleza jurídica de una orden que conmina a un actuar preciso y directo al Poder Ejecutivo, considerarlo así en atención al contenido concreto de la recomendación, parece más propio de un corrector de estilo o de la “diplomacia” entre poderes, que de la labor de control constitucional de este Alto Tribunal.

Por otra parte, si bien la sentencia plantea el problema con mucha claridad y hace un esfuerzo importante por argumentar que nos encontramos ante órdenes, en nuestra opinión no resulta convincente en sus conclusiones.

La argumentación forzada de la sentencia, revela varios aspectos que fortalecen la naturaleza de recomendaciones de los actos impugnados y no de observaciones:

a) La sentencia concluye a partir de la fijación de un plazo de cuarenta y cinco días para atender el contenido de los oficios impugnados que estamos ante observaciones y no ante recomendaciones, porque este plazo es el expresamente regulado para las observaciones y porque no existe un plazo para solventar las recomendaciones.

En mi opinión, la fijación de un plazo no puede considerarse determinante para efectos de determinar la naturaleza jurídica de los oficios impugnados, el plazo constituye un mero parámetro que, si es exigible para el caso de las observaciones, no tiene razón para ser reprochable en el caso de las recomendaciones. Sin embargo, debe destacarse que la sentencia comienza a sustituir la fundamentación de los oficios impugnados, pues a foja 291 afirma que la fundamentación y motivación de los oficios que antecedieron a los actos reclamados debe encontrarse en los artículos 17 y 52 de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación.

b) En la sentencia se considera que la expresión de que “se tomen medidas preventivas y correctivas para evitar daños a la Hacienda Pública Federal”, conlleva un abandono del sentido neutro de los primeros oficios.

Considero que las recomendaciones se emiten precisamente cuando existe un incumplimiento de los objetivos y metas establecidos en los programas aprobados y no existe un daño patrimonial; luego, si en los oficios

se solicita que “se tomen medidas preventivas y correctivas para evitar daños a la Hacienda Pública Federal”, se confirma que estamos ante una recomendación. Para confirmar la interpretación anterior conviene recordar la exposición de motivos de la Ley de Fiscalización Superior, en donde se indicó:

Como un avance más del proceso de control legislativo se considera la atribución de la Auditoría Superior de la Federación, en el sentido de que si de la revisión efectuada se detecta el incumplimiento de los objetivos y metas establecidos en los programas aprobados, *sin que ello conlleve un daño patrimonial*, pueda emitir las observaciones y recomendaciones que a su juicio sean procedentes para el cumplimiento de dichos programas.

Si la sentencia sostiene que no se trata de recomendaciones, sino de observaciones, debe tomarse en cuenta que a diferencia de la controversia constitucional 36/2003, esto no daría lugar a la invalidez, pues el actual sistema normativo sí otorga facultades imperativas a la Auditoría Superior, como recientemente fue reconocido por este Alto Tribunal al resolver la controversia constitucional 61/2004.

c) La sentencia basa su argumentación en la cita del artículo 77, fracción VI, del Reglamento de la Ley, que regula las facultades de los Auditores Especiales, desprendiendo que estamos en un proceso de solventación de las irregularidades detectadas, lo que es persuasivo de la existencia de un mandato y, además, que la promoción de la controversia constitucional revela lo intimidatorio de tal situación; que en el contexto en que se dictó el oficio, es decir, después de rendido el Informe sobre el Resultado de la Revisión de la Cuenta Pública no se pretendía obtener más información a fiscalizar, sino preparar la antesala a la etapa de los fines resarcitorios.

Considero que la mera cita del precepto reglamentario no puede ser intimidatoria; asimismo, los oficios impugnados no indican que se esté en un procedimiento de solventación de irregularidades detectadas, sin embargo, aun cuando éste fuera el caso, hemos constatado en líneas anteriores que lo que se pretende evitar es un daño a la hacienda pública federal, sin que de los oficios de tres de abril de dos mil tres, ni de los oficios impugnados se pueda desprender que el Auditor considere que dicho daño ya se ha producido, por lo que definitivamente estamos ante recomendaciones.

Ahora bien, la afirmación de que los oficios impugnados constituyen la preparación de la antesala al fincamiento de responsabilidades resarcitorias es en realidad una especulación, un acto futuro de realización incierta y que es además contrario al texto del oficio y a lo afirmado en la

contestación de la demanda por el Auditor Superior de la Federación, debiéndose tomar en cuenta que la afectación que abre la puerta al interés legítimo en las controversias constitucionales tiene que ser real y actual, pues de lo contrario, al entrar al análisis de conflictos virtuales correríamos el riesgo de transformar a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en un órgano consultivo.

Ciertamente, la conclusión de que los oficios no contienen una orden lleva lógicamente a que no existe un principio de agravio en contra de la esfera de competencias del Poder Ejecutivo, lo que se traduce en su falta de interés legítimo para impugnar los actos reclamados, lo cual debió llevar a que se declarara infundada la acción y se reconociera la validez del acto impugnado. Las jurisprudencias en donde este Alto Tribunal ha hecho referencia al concepto de interés legítimo son las que se identifican con los números P/J. 83/2001 y las P/J. 112/2001, que disponen respectivamente:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVERLA. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, en la tesis número P/J. 71/2000, visible en la página novecientos sesenta y cinco del tomo XII, agosto de dos mil, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro es “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL”, que en la promoción de la controversia constitucional, el promovente plantea la existencia de un agravio en su perjuicio; sin embargo, dicho agravio debe entenderse como un interés legítimo para acudir a esta vía el cual, a su vez, *se traduce en una afectación que resienten en su esfera de atribuciones las entidades poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en razón de su especial situación frente al acto que consideren lesivo*; dicho interés se actualiza cuando la conducta de la autoridad demandada sea susceptible de causar perjuicio o privar de un beneficio a la parte que promueve en razón de la situación de hecho en la que ésta se encuentre, la cual necesariamente deberá estar legalmente tutelada, para que se pueda exigir su estricta observancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. MEDIANTE ESTA ACCIÓN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN TIENE FACULTADES PARA DIRIMIR CUESTIONES QUE IMPLIQUEN VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AUNQUE NO SE ALEGUE LA INVASIÓN DE ESFERAS DE COMPETENCIA DE LA ENTIDAD O PODER QUE LA PROMUEVE. Si bien el medio de control de la constitucionalidad denominado controversia constitucional tiene como objeto principal de tutela el ámbito de atribuciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos confiere a los órganos originarios del Estado para resguardar el sistema federal, debe tomarse en cuenta que la normatividad

constitucional también tiende a preservar la regularidad en el ejercicio de las atribuciones constitucionales establecidas en favor de tales órganos, las que nunca deberán rebasar los principios rectores previstos en la propia Constitución Federal y, por ende, cuando a través de dicho medio de control constitucional se combate una norma general emitida por una autoridad considerada incompetente para ello, por estimar que corresponde a otro órgano regular los aspectos que se contienen en la misma de acuerdo con el ámbito de atribuciones que la Ley Fundamental establece, las transgresiones invocadas también están sujetas a ese medio de control constitucional, *siempre y cuando exista un principio de afectación*.

Ahora bien, como se advierte, el interés legítimo tiene como presupuesto un principio de afectación que debe sufrir alguno de los órganos legimitados para promoverla o bien, en una afectación que resienten en su esfera de competencias en razón de su especial situación frente al acto lesivo, susceptible de causarle un perjuicio.

Con base en lo anterior, toda vez que la recomendación no está dando una orden, ni vinculando al Poder Ejecutivo a un actuar concreto y preciso no existe interés legítimo de este último en relación con los actos impugnados, ya que al tener estos oficios el carácter de recomendaciones, no lesionan su esfera de competencia.

En efecto, el problema jurídico que se planteó en el estudio del presente concepto de invalidez se puede resumir en una pregunta: ¿Puede imponer la Auditoría Superior un actuar concreto y preciso al Poder Ejecutivo a través de sus recomendaciones?

A fin de resolver la cuestión anterior necesitaríamos que el acto impugnado efectivamente impusiera un actuar concreto y preciso, al no existir dicha orden, el pronunciamiento resulta innecesario, puesto que este Alto Tribunal no resuelve consultas sobre la constitucionalidad de hechos futuros e inciertos, sino la constitucionalidad de actos y normas concretos; asimismo, al no constituir un medio de control abstracto como en el caso de la acción de inconstitucionalidad, es necesaria la existencia de un agravio susceptible de afectar la esfera de competencia del Poder Ejecutivo, que no existe en los oficios impugnados.

En este tenor, al no existir una orden que le imponga una obligación de hacer, no hacer o tolerar, no existe lesión en la esfera de competencia del Poder Ejecutivo, por lo cual ni siquiera resulta necesario determinar si la Ley de Fiscalización Superior, les otorga o no vinculatoriedad a las recomendaciones, pues este análisis sólo se justificaría si en el caso se hubiera vinculado al órgano auditado a un actuar preciso. Si en una actuación posterior la Auditoría Superior hubiera iniciado un procedimiento con base en el incumplimiento de las recomendaciones, entonces respecto de

dichos actos debió haber procedido el análisis y no como lo hace la sentencia mayoritaria, ante una simple inferencia no demostrada.

Luego, tenemos que de un estudio integral de los oficios impugnados, los mismos contienen meras *recomendaciones*, en virtud de que únicamente *reiteran el contenido del artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario*, además, *no inician un procedimiento para la determinación de responsabilidades resarcitorias y, por otra parte, no contienen siquiera un apercibimiento en el sentido de que dicho procedimiento se iniciará en caso de que se incumplan aquellas*.

Nos parece importante reiterar que para que en la controversia constitucional pueda estimarse que existe una lesión en el interés legítimo de la parte actora, lo relevante es que el vicio incida en su propia competencia, es decir, no basta con que haya habido un mal uso de la competencia propia por parte de la demandada, *sino que es preciso que de su actuación se derive una lesión de las atribuciones de la parte actora*.

La ausencia de interés legítimo del Poder Ejecutivo debió conducir al reconocimiento de validez del acto impugnado, lo que de ninguna manera afectaba el derecho del Poder Ejecutivo para que, en el caso de que en una actuación posterior de la Auditoría Superior que inicie un procedimiento para fincar responsabilidades a alguno de sus servidores públicos por no haber “obedecido” una recomendación, pueda promover controversia constitucional.

Ahora bien, el que las recomendaciones no sean obligatorias por sí, de ninguna manera implica que no sean importantes, pues son una forma sana de colaboración entre Poderes y, además, pueden ser en el futuro, en caso de que se produzca un daño en la hacienda pública, una forma de demostración del nexo causal de la responsabilidad, que puede ayudar a determinar la responsabilidad del funcionario y la gravedad de su conducta.

Inclusive, desde la perspectiva de que estuviéramos ante observaciones, las mismas no resultarían invasoras de la esfera de competencias del Poder Ejecutivo.

En efecto, tenemos que la sentencia mayoritaria aplica para su resolución los precedentes de las controversias constitucionales 36/2003 y 61/2004. Sin embargo, es necesario cuestionarse: ¿Son aplicables los precedentes del Tribunal Pleno en los que se han juzgado actos de la Auditoría Superior de la Federación?

Consideramos que ninguno de los precedentes es aplicable para declarar la invalidez de los acuerdos impugnados, en atención con los siguientes argumentos:

1. Respecto de la controversia constitucional 36/2003, la *ratio decidendi* no la constituye sólo el estilo de los oficios, sino esencialmente el marco normativo que aplicó la Auditoría Superior de la Federación en razón a lo ordenado en las normas transitorias de su creación que, en el caso ahí estudiado, era el relativo al de la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda.

A diferencia de aquel precedente que consideraba que el marco jurídico no daba facultades constitucionales para ordenar la realización de conductas específicas de manera imperativa a fin de superar lo que a juicio de dicho órgano constituían irregularidades, la Ley de Fiscalización Superior, como ya se estableció en la controversia constitucional 61/2004

...a partir de la reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve a los artículos 74 y 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el ente fiscalizador cuenta con atribuciones para emitir observaciones y recomendaciones, *incluso con carácter imperativo*, a los órganos auditados y, en su caso, también las tiene para fincar responsabilidades administrativas, resarcitorias o penales, lo cual es acorde y congruente con la naturaleza del ente auditor el que, como se ha reiterado a lo largo de este considerando, tiene como finalidad constatar cómo se ejerció el gasto público, con todas o cualquiera de las aristas que el régimen jurídico le exija; y, en caso de advertir irregularidades, informar de ello a quien resulte obligado y, en su caso, fincar o promover que se finquen las responsabilidades conducentes.

Luego, ante el cambio de normatividad de la Auditoría Superior de la Federación, a diferencia de la controversia constitucional 36/2003, ahora sí se pueden emitir recomendaciones y observaciones con carácter imperativo, por lo que la situación de que nos encontramos ante órdenes no puede llevar a la invalidez de los oficios impugnados.

Al aplicar el precedente de la controversia constitucional 36/2003 a lo que se considera una fórmula o formato de instrucción, se pasa por alto que en el caso estamos ante la fiscalización de la cuenta pública de 2001 a la cual le resulta aplicable el nuevo marco jurídico constitucional y la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, la que de acuerdo con el reciente precedente de este Alto Tribunal sentado en la controversia constitucional 61/2004, permite realizar observaciones y recomendaciones, incluso con carácter imperativo.

2. Tampoco resulta aplicable el criterio central de la controversia constitucional 61/2004, puesto que en aquel asunto se decidió que la "orden" de anular los permisos no constituía la fiscalización de la gestión financiera.

Ahora bien, la sentencia considera que el precedente prohíbe también que la Auditoría colisione su competencia con la del Poder Ejecutivo, emitiendo actos específicos y concretos que pudieron haberse dictado a iniciativa de dicho Poder en su función de ejecutor o administrador directo de los recursos públicos, lo que sucede cuando se instruye al Ejecutivo a la disminución o sustitución de créditos y cancelación de aval en montos particulares y específicos.

Al margen que considero que los oficios contienen una recomendación y no una orden, en caso de que se considera que tiene esta última naturaleza la misma no constituiría un reemplazo de dicho Poder en sus decisiones financieras, *sino una reiteración que le recuerda las facultades y obligaciones que le señala la ley, en específico el artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, que regula la forma de actuar de la administración pública ante créditos irregulares*, sin que la sentencia exponga razones en pro de la legalidad de dichos créditos o un *juicio de reproche de los resultados de la fiscalización al Programa de Capitalización y Compra de Cartera para efectos de la instrumentación del Programa derivado del artículo Quinto Transitorio*, razón por la cual, consideramos que no existe la invasión de competencia que la sentencia encuentra.

Luego, aun cuando la sentencia mayoritaria de este Alto Tribunal decidió cambiar la naturaleza jurídica de los oficios, transformándolos de recomendaciones a observaciones, debe tomarse en cuenta que el Auditor Superior de la Federación está facultado para fincar los pliegos de observaciones y las responsabilidades resarcitorias correspondientes a la luz del nuevo marco jurídico.

Por las razones anteriores, considero que no existe invasión a la competencia del Poder Ejecutivo ni desde la perspectiva de los oficios impugnados como observaciones y menos aun si se les considera recomendaciones.

Ahora bien, en las sesiones en que se discutió el presente asunto se expusieron interesantes argumentos en los que sostenía que los oficios tienen la naturaleza de órdenes y que las mismas son inconstitucionales por invadir la esfera de competencia del Ejecutivo en atención a lo siguiente:

a) No puede existir seguimiento a las recomendaciones, pues las mismas se elaboran por una sola ocasión y el Ejecutivo puede o no acatarlas.

b) Que no tiene importancia decidir si por su naturaleza son órdenes u observaciones, pues lo que se debe dilucidar es si contienen órdenes y si la Auditoría Superior de Fiscalización, tiene competencia para emitir

órdenes concretas y precisas a los entes fiscalizados y concluye que en ninguno de los dos casos se pueden dar órdenes concretas a la administración pública, pues se invade la esfera de competencias del Poder Ejecutivo.

c) Por otra parte, da especial relevancia a los oficios dirigidos por la Secretaría de la Función Pública, en los que le solicita que vigile que los auditados dicten medidas para el cumplimiento del artículo Quinto Transitorio y le pide a la auditoría que le informe sobre el resultado de su gestión, como si fuera su superior jerárquico.

No comparto los asertos anteriores, pues el hecho de que se dé seguimiento a una recomendación no es una razón para transformar su naturaleza jurídica, ya que por la condición no vinculatoria de las recomendaciones no pueden considerarse de ninguna manera como una invasión de competencias. Con las recomendaciones se pretende que, ante la detección del incumplimiento de objetivos y metas de los programas, se regularice tal situación cuando no se haya producido un daño patrimonial. El diálogo que se realice a través de los oficios de ninguna manera puede invadir competencia alguna, ni menos aún el hecho de darles seguimiento puede transformar las recomendaciones en órdenes.

Lo indebido sería que la Auditoría Superior de la Federación no diera seguimiento a sus recomendaciones y que asumiera que con la emisión de su opinión se corrigieron automáticamente las irregularidades que detectó; por el contrario, es su obligación dar seguimiento a las recomendaciones y, en caso de que se actualice un daño por la omisión de la administración pública de dar seguimiento a sus recomendaciones iniciar ahí sí el proceso de observaciones o bien el procedimiento para fincar responsabilidades resarcitorias.

Por otra parte, también se argumentó que era innecesario determinar si se trata de recomendaciones o bien observaciones, sino de órdenes, pues bajo ninguno de los esquemas se puede obligar a un Poder a un actuar concreto y específico.

Consideramos que esta opinión contradice el criterio sentado muy recientemente, el doce de abril de dos mil cinco, al resolver la controversia constitucional 61/2004, de la ponencia del señor Ministro Díaz Romero en donde se sostuvo que

...a partir de la reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve a los artículos 74 y 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el ente fiscalizador cuenta con atribuciones para emitir observaciones y recomendaciones, *incluso con carácter imperativo*, a los órganos auditados.

Ahora bien, en la sentencia a la que se hace referencia, si bien se declaró la invalidez de los actos impugnados, estableciendo como premisa inicial que los oficios emitidos por el Auditor Superior de la Federación tienen un carácter imperativo, en tanto que traen consigo el deber de cumplimentar las observaciones formuladas en un plazo determinado, con el apercibimiento de dar inicio a los procedimientos administrativos correspondientes, sin embargo, se aclaró que tal circunstancia no los torna por sí mismos inválidos, en tanto que la Auditoría Superior de la Federación tiene atribuciones para emitir observaciones y recomendaciones con carácter imperativo, *el motivo de la invalidez fue que los actos impugnados no eran relativos al tema de la gestión financiera.*

Sin embargo, un mes después este Alto Tribunal sostiene que la Auditoría sólo puede emitir sus recomendaciones y observaciones, quedando a la decisión discrecional del órgano fiscalizado la forma de solventarlas, sin que pueda existir imperatividad en aquellas, pues se lesionaría el principio de división de Poderes.

No compartimos los argumentos anteriores, puesto que además de contrariar el criterio recientemente sentado por este Tribunal en Pleno, reduce a la Auditoría Superior de la Federación a un solo instrumento: el fincamiento de responsabilidades resarcitorias, en donde, además, no es posible exigir la corrección de las irregularidades o ilegalidades detectadas por la Auditoría, lo que se traduce en la disminución de importantes facultades del Órgano de Fiscalización Superior y al incumplimiento del principio de legalidad.

Por supuesto, el precedente de la controversia constitucional 61/2004, no constituía ningún obstáculo para que el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte pueda tomar otra decisión, realizando nuevas reflexiones, aun cuando sólo haya pasado un mes de su decisión en un juicio donde intervinieron las mismas partes, aun cuando con ello se afecte lo que la misma sentencia destaca como de suma importancia: la certeza, la previsibilidad, la uniformidad y la estabilidad.

En cuanto al último argumento, la situación de que se haya dado vista al Secretario de la Función Pública no denota que nos encontremos ante órdenes, ni ante observaciones, sino que confirma que estamos ante simples recomendaciones, pues si se tratara de órdenes, la Auditoría no tendría razón para acudir a la Secretaría de la Función Pública a fin de que tutele el cumplimiento del artículo Quinto Transitorio, sino que inmediatamente pudo haber iniciado los procedimientos para fincar la responsabilidades correspondientes.

La vista se da a la Secretaría a la Función Pública, para que de seguimiento a las recomendaciones formuladas, sin perjuicio de que ejerza las

facultades derivadas de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Además, a continuación el oficio expone la razón de la vista a dicha Secretaría: *el Punto de Acuerdo por el que se exhorta a la Junta de Gobierno del IPAB a convocar a las Instituciones Bancarias participantes en el programa de capitalización y compra de cartera, para que cumplan con lo dispuesto por el artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario*, aprobado por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, en donde expresamente se exhorta a dicha Secretaría a que *dentro de la esfera de sus atribuciones* supervise el proceso y realización del programa a que se refiere el artículo Quinto Transitorio de la Ley del IPAB.

En este tenor, consideramos que la vista a la Secretaría de la Función Pública de ninguna manera puede considerarse un elemento determinante para estimar que nos encontramos ante órdenes.

En conclusión, estamos ante recomendaciones, porque no hay ningún elemento coactivo en la formulación de los oficios; por otra parte, aun cuando ésta fuere su naturaleza, la Auditoría Superior bajo el nuevo esquema constitucional o legal puede emitir observaciones y recomendaciones con carácter imperativo de acuerdo con lo que se sostuvo en la controversia constitucional 61/2004, razón por la cual debió declararse la validez constitucional de los oficios impugnados.

Por último, en la sentencia mayoritaria se afirma que los oficios impugnados invaden la esfera de competencias del Poder Ejecutivo, al disminuir sus facultades de decisión, otorgándole una alternativa concreta a dicho Poder: disminución o sustitución de créditos y cancelación del aval respectivos; por lo que el hecho de que través de los oficios controvertidos, la Auditoría Superior invada ese margen de libertad decisoria a efecto corregir las posibles irregularidades detectadas, constituye una actuación que va más allá de las facultades constitucionales de aquélla.

En nuestra opinión este aserto es inexacto, puesto que —como hemos sostenido— los oficios impugnados son el seguimiento de recomendaciones, sin embargo, aun considerados como observaciones tenemos dos cuestiones:

a) Los oficios no reducen las posibilidades de acción del Poder Ejecutivo Federal a una sola alternativa. Por el contrario, en el texto de los oficios se afirma en la primera consideración final:

PRIMERA. De conformidad con los antecedentes y fundamentos expuestos, se solicita que en el ámbito de sus atribuciones y facultades proceda, *en su caso*, a instrumentar las acciones promovidas enunciadas anteriormente para esa entidad fiscalizada a su cargo, en seguimiento de la revisión practicada al Programa de Capitalización y

Compra de Cartera, registrada bajo el número 199 a que se refiere el presente, tomándose las medidas preventivas y correctivas para evitar daños a la Hacienda Pública Federal, actuando conforme a la normatividad aplicable.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus facultades y atribuciones determine efectuar ese órgano fiscalizado a fin de alcanzar los objetivos definidos en el artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999.

Luego, tenemos que no existe una reducción de alternativas, sino únicamente la emisión de una recomendación que sugiere que “en su caso”, es decir, de estimarlo conveniente el órgano auditado, se procedan a instrumentar las acciones promovidas por la Auditoría Superior de la Federación. Por otra parte, expresamente se enuncia en el oficio que las recomendaciones son independientes de las acciones que determine efectuar el órgano fiscalizado a fin de lograr los objetivos de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, con lo cual se evidencia que no existe una sola manera de cumplir la recomendación y que de ninguna manera se compele al Poder Ejecutivo para que actúe en una determinada manera.

b) El segundo aspecto es que la recomendación no contiene una ocurrencia del Auditor Superior de la Federación, sino que estamos ante una reiteración del contenido de la ley, en específico del artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario.

Ciertamente, la instrucción u orden que la resolución mayoritaria hace consistir en “la disminución o sustitución de créditos y cancelación del aval respectivos”, está contenida en la ley, por lo que es inexacto que se invada la esfera de competencias del Poder Ejecutivo, pues el multicitado precepto transitorio prevé:

En caso de que durante las auditorías se detecten créditos ilegales el Instituto, mediante resolución de la Junta de Gobierno, podrá optar por rechazar y devolver los mismos a las Instituciones, mismas que deberán designar otros activos por un monto equivalente al de los créditos devueltos a satisfacción del Instituto. En caso contrario, éste reducirá el monto respectivo de la garantía o instrumento de pago respectivo.

Cuando la ilegalidad del crédito sea atribuible a la administración de la institución de que se trate, ésta deberá absorber el costo de dicho crédito, al efecto el Instituto reducirá el monto de la garantía o instrumento de pago.

Entonces, si la recomendación únicamente reitera el contenido de la Ley no puede considerarse de ninguna manera que existe una invasión a

la esfera de competencias del Ejecutivo, pues lo que la sentencia denomina un margen de libertad muy amplio para efectos de la gestión financiera, tiene en el presente caso una delimitación muy clara en la ley, que obliga a actuar de una determinada forma al IPAB ante los créditos ilegales, luego debió declararse la validez constitucional de los oficios impugnados.

Si sentáramos al Auditor Superior de la Federación ante el Pleno de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y le preguntáramos:

— Señor Auditor: ¿Es cierto que usted pretende sustituir al Poder Ejecutivo Federal en la administración pública al reiterarle el contenido de la ley recomendando la disminución de los pagarés, en virtud de los créditos ilegales detectados en el Programa de Capitalización y Compra de Cartera? ¿Pretende usted que le reconozcamos facultades para revisar la legalidad y la constitucionalidad de todos los actos de las entidades fiscalizadas? ¿Busca usted intimidar al Poder Ejecutivo?

Asustado nos contestaría:

— No, no señores, de ninguna manera, yo sólo...

— ¿Es cierto que usted ordenó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al Instituto de Protección al Ahorro Bancario y a la Secretaría de la Función Pública diversos actos, amenazándolos con imponerles terribles sanciones en caso de incumplimiento?

— Bueno en realidad...

— ¿Busca usted convertirse en un Supremo Poder Conservador?

— Señores Ministros, Eclesiastés 12:12 dice que *el mucho estudio es fatiga de la carne*". Con su permiso, yo me retiro...

II. Indebida fijación de la litis e inexistencia de la violación al principio de anualidad

La sentencia mayoritaria considera que el contenido de las observaciones en las que se solicita se modifiquen algunos de los términos pactados en las operaciones relativas al Programa de Capitalización y Compra de Cartera implican una violación al principio de anualidad instituido en el artículo 79 de la Ley Fundamental y a lo dispuesto en el artículo Segundo Transitorio del decreto de reformas constitucionales de 30 de julio de 1999, por lo siguiente:

a) Que dicho mecanismo de saneamiento emprendió sus actividades en el mes de junio de 1995 y las concluyó en el mes de diciembre de 1998, por lo que es necesario concluir que la Ley de Fiscalización Superior de la Federación en vigor a partir del 30 de diciembre de 2000, resulta inaplicable para fundamentar todo el procedimiento de fiscalización que llevó a cabo la Auditoría Superior de la Federación, y que culminó con la emisión de los 34 oficios reclamados, debido que su vigencia no puede extenderse hacia el pasado.

b) Que la auditoría 199 que se llevó a cabo en términos de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, para verificar el desempeño del IPAB, en su función específicamente destinada a sustituir, por uno nuevo, al Programa de Capitalización y Compra de Cartera, conforme a lo previsto en el artículo 5° Transitorio de la ley que creó dicho Instituto, no obstante que las operaciones de inicio y cierre de ese programa se llevaron a cabo con anterioridad a la vigencia de dicha ley, por lo que tampoco pueden ser auditadas en términos de la legislación actual que sustituyó la vigente en aquella época, y que era la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda.

c) Que tampoco puede justificar la aplicación de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, la circunstancia de la auditoría 199 y la emisión de los oficios reclamados se enmarque en la revisión del resultado de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal de dos mil uno, en virtud de que la materia de la auditoría y de los oficios citados no la constituyen programas —o ejecución de ellos— realizada durante su ejercicio presupuestal, sino el Programa de Capitalización y Compra de Cartera, cuya apertura y conclusión se verificó años atrás, y no debe someterse a una fiscalización si no ha reportado ejecución alguna durante 2001; lo anterior significa que la Auditoría Superior de la Federación no tiene facultades para fiscalizar a través de la revisión del resultado de la Cuenta Pública los términos en que fue pactado el Programa de Capitalización y Compra de Cartera y, menos aún con apoyo en una ley inexistente al finalizar ese Programa.

d) Que sería distinto el caso si la fiscalización recayera sobre el egreso que, en su caso, se reportará en el ejercicio respectivo con motivo de la ejecución del mismo Programa, evento que permitiría a la Auditoría Superior de la Federación revisar exclusivamente dicha ejecución con motivo de la revisión del resultado de la Cuenta Pública correspondiente.

No estoy de acuerdo con la solución de la sentencia en virtud de un problema esencial sobre la fijación de la litis.

La sentencia sostiene que la revisión ordenada en la auditoría 199 y las recomendaciones de los oficios impugnados constituyen una segunda

revisión al Programa de Capitalización y Compra de Cartera, de lo cual deriva que existe una aplicación retroactiva de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, pues debió aplicarse la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda, vigente cuando se generó el programa, así como una violación al principio de anualidad contemplado en el artículo 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, el Programa de Capitalización y Compra de Cartera no se analiza por sus méritos; la revisión que realiza la Auditoría Superior a las operaciones del Programa de Capitalización y Compra de Cartera, no se realiza a las operaciones con motivo de su generación y su relación en la cuenta pública respectiva, sino en virtud de lo dispuesto por el artículo Quinto Transitorio de la Ley para la Protección al Ahorro Bancario, por la potencialidad de dichas operaciones para convertirse en deuda pública soberana a cargo del Estado.

En efecto, la auditoría 199, y los oficios de seguimiento a las recomendaciones tienen como objetivo que la Auditoría Superior de la Federación *...cuente con elementos suficientes para la práctica de auditorías, revisiones y demás acciones de fiscalización para las que se encuentra facultada*, en relación con el ejercicio de recursos públicos federales en las operaciones del Fondo Bancario de Protección al Ahorro y el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, en términos del artículo Quinto Transitorio, *en relación con lo establecido por el artículo décimo séptimo transitorio, ambos de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, respecto del ejercicio de recursos públicos federales dentro de la Cuenta Pública correspondiente*.

Ciertamente, el artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, introduce una modificación de la situación jurídica del Programa de Capitalización y Compra de Cartera, que modifica completamente su naturaleza, pues en virtud de esta nueva normatividad transitoria se pretendió desactivar la potencialidad de que créditos ilegales se tornaran en deuda pública.

El artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario regula esencialmente lo siguiente:

- a) Que el FOBAPROA permanecería en operación con el objeto de administrar las operaciones del Programa de Capitalización y Compra de Cartera a fin de que se concluyeran las auditorías ordenadas por la Cámara de Diputados, de las cuales se procuraría su conclusión en un plazo máximo de 6 meses a la entrada en vigor de la Ley.
- b) En caso de que existieran irregularidades se procedería al deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar y los responsables asumirían su responsabilidad legal y económica.

- c) Concluidas las auditorías, las instituciones de crédito podían optar por dar por terminados los contratos y cancelar las operaciones que mantenían con el Fondo, regresando los títulos de crédito que éste hubiere emitido en su favor y, a cambio, el Fondo les devolvería los derechos de cobro de la cartera objeto del programa.
- d) Asimismo, las instituciones podían optar por ingresar a un nuevo programa a través del cual el Instituto les otorgaría una garantía o instrumento de pago que cubra los referidos derechos de cobro en los términos y condiciones que se indicarían en las Reglas Generales que al efecto emitiría la Junta de Gobierno del Instituto, cuyos lineamientos elementales se plasman en dicho precepto transitorio.
- e) Que en caso de que durante las auditorías se detecten créditos ilegales el Instituto, mediante resolución de la Junta de Gobierno, se podrá optar por rechazar y devolver los mismos a las instituciones, mismas que deberán designar otros activos por un monto equivalente al de los créditos devueltos a satisfacción del Instituto. En caso contrario, éste reducirá el monto respectivo de la garantía o instrumento de pago respectivo.

De lo anterior tenemos que la ley introduce una modificación en la situación jurídica del Programa de Capitalización y Compra de Cartera, pues dispone que los pagarés firmados por el FOBAPROA derivados de aquel programa no serán asumidos como deuda pública, en atención a que instituye dos posibilidades: a) Que las Instituciones de Crédito regresen los títulos de crédito que el FOBAPROA hubiere emitido en su favor y, a cambio, el Fondo les devolvería los derechos de cobro de la cartera objeto del programa, y b) Que las Instituciones optaran por ingresar a un nuevo programa a través del cual el *Instituto les otorgaría una garantía o instrumento de pago que cubra los referidos derechos de cobro* en los términos y condiciones que se indicarían en las Reglas Generales que al efecto emitiría la Junta de Gobierno del Instituto, cuyos lineamientos elementales se plasman en dicho precepto transitorio.

La Ley de Protección al Ahorro Bancario significó prácticamente la asunción de los pasivos del FOBAPROA como deuda pública directa, con excepción de un renglón, el Programa de Capitalización y Compra de Cartera, en donde se previó un sistema especial que tenía como premisa la no aceptación de créditos ilegales, lo que significa una depuración minuciosa de la deuda que se había contraído sin la aprobación del Congreso, a través de los dos caminos que ya señalamos en el párrafo anterior: La devolución de los pagarés a cambio de los derechos de cobro, o bien la incorporación a un nuevo programa en el que el IPAB les otorgaría una garantía o instrumento de pago que cubra los derechos de cobro de su cartera.

Ahora bien, este segundo camino tenía como presupuesto la depuración minuciosa a través de auditorías de los créditos cubiertos por la cartera, de tal manera que para efectos del nuevo programa no se incorporaran créditos ilegales, pues si estas nuevas garantías o instrumentos de pago se iban a asumir como deuda directa con un costo fiscal para los ciudadanos mexicanos, esto sólo podría hacerse a partir de operaciones legales.

En el caso, tenemos que cuando se inició la auditoría, esto es, el veintidós de agosto de dos mil tres, habían pasado tres años de la publicación de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, sin que el Poder Ejecutivo Federal hubiera implementado el Programa a que se refiere el artículo Quinto Transitorio, es decir, aun a pesar de lo dispuesto en la Ley no se había cancelado el pagaré y el plazo de su vencimiento se acercaba sin una actuación efectiva del Instituto de Protección Ahorro Bancario para el cumplimiento del programa antes citado.

La revisión a las operaciones del Programa de Capitalización y Compra de Cartera no es una segunda revisión en una cuenta pública distinta y en donde la Auditoría Superior de la Federación, “aprovechándose” de sus nuevas facultades intenta sorprender al ente auditado. La revisión que se realiza se hace para verificar el cumplimiento del artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección del Ahorro Bancario, en virtud de la actitud contumaz del IPAB de no optar por una revisión completa de los créditos y de instrumentar el programa respectivo logrando la cancelación de los pagarés FOBAPROA, como lo ordenaba dicho precepto, generaba el riesgo latente de que dichos pagarés fueran cubiertos aun cuando muchos de los créditos incluidos fueran ilegales.

Esta fiscalización no podía darse en términos de la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda, porque se trata de hechos acontecidos con posterioridad y, además, en virtud de un cambio de situación jurídica producida en el Programa de Capitalización y Compra de Cartera a raíz de la expedición de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, que estableció las bases para su extinción ordenando la desactivación de los pagarés FOBAPROA, bien a través de su devolución o a través de su sustitución, previa depuración absoluta de los créditos incluidos en el programa.

Luego, tenemos que la auditoría tiene por objeto revisar el cumplimiento del artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario y no una segunda revisión al Programa de Capitalización y Compra de Cartera, lo que es confirmado por los documentos de autos que revelan que estamos ante la primera situación y no la segunda. En efecto, *en todos los oficios impugnados* se establece que el objetivo es

verificar el cumplimiento del artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario.

¿Por qué interesaba tanto el cumplimiento del artículo Quinto Transitorio?

Por una sencilla razón, de no ser cumplido el Gobierno tendría que honrar su compromiso y cubrir los pagarés FOBAPROA, sin que se hubieran depurado los créditos y con el conocimiento de las irregularidades en el manejo del programa, teniendo que asumir el costo fiscal de operaciones ilegales; por lo anterior, en múltiples puntos de acuerdo el Congreso de la Unión, actuando a través de las Cámaras de Diputados y Senadores y la Comisión Permanente, solicitó al IPAB el cumplimiento del artículo Quinto Transitorio; por esa razón también se realizaron las auditorías: para que se cumpliera la ley a fin de que los ciudadanos mexicanos no tuvieran que asumir el costo de créditos ilegales.

Si esta situación hubiera acontecido, lo que se desactivó apenas en julio de 2004 a un año del vencimiento de los pagarés, de ninguna manera podría asumirse que el incumplimiento de la autoridad hubiera sido sancionable por las conductas ilegales en el Programa de Capitalización y Compra de Cartera, sino que el incumplimiento se habría generado en relación con el artículo Quinto Transitorio y el daño que se hubiera producido con tal situación a la hacienda pública debería ser castigado con la Ley de Fiscalización Superior a través de las responsabilidades resarcitorias, para cuya cuantificación sin duda se hubiera revisado crédito por crédito del Programa de Capitalización y Compra de Cartera.

Esta diferencia de enfoque es importantísima y creemos que estamos ante una premisa inexacta de la sentencia, pues en realidad la Auditoría Superior de la Federación realizó una verificación al cumplimiento del artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario y no una segunda revisión al Programa de Capitalización y Compra de Cartera, con un nuevo marco jurídico. Cabe preguntarse entonces: ¿Dónde está la tutela a los principios constitucionales legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, los cuales constituyen deberes constitucionales para los órganos estatales y para los servidores públicos que, además, protestaron guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen?

En efecto, no estamos de acuerdo en que la fiscalización con motivo de la cuenta pública se reduzca a fiscalizar su “reporte” en la cuenta pública o los adeudos públicos generados en el ejercicio o bien sólo el egreso que se reporte en cada ejercicio fiscal, pues en nuestra opinión la revisión puede ocuparse de la gestión financiera de los programas así como de las acciones u *omisiones* en la administración de la deuda pública.

En mi opinión, la revisión que realizó la Auditoría Superior ante la poca motivación del IPAB de cumplir con la ley, de ninguna manera puede implicar una desnaturalización del concepto de revisión de la gestión pública, pues se trata de un aspecto de administración de la deuda pública y de cumplimiento de la ley.

No es tolerable aceptar un supuesto principio de revisión limitada de la cuenta pública sobre los principios constitucionales de honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que, en última instancia, pretenden salvaguardar la integridad de los recursos públicos.

La protección de los principios constitucionales que rigen la función pública y que tienen como finalidad la protección de la Hacienda Pública Federal y el uso honrado y eficiente de los recursos públicos, puede adquirir un *carácter preventivo* toda vez que para su efectiva protección es necesario que los entes estatales vigilen su efectividad, por ello, la revisión realizada por la Auditoría Superior de la que derivaron los oficios impugnados, es constitucional, además de que, como hemos señalado, esta revisión no se refiere al Programa de Capitalización y Compra de Cartera en sí, sino que tiene la finalidad de verificar el cumplimiento del artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, y con ello velar que por ningún motivo los pagarés ilegales lleguen a ser una carga fiscal para los ciudadanos.

La revisión minuciosa y la vigilancia de los créditos que tienen la potencialidad de convertirse en deuda pública no constituyen una facultad discrecional de los órganos estatales sino su obligación constitucional. En consecuencia, los ordenamientos legales deben interpretarse de tal forma que los principios constitucionales se hagan efectivos.

En el presente caso, a tres años de la vigencia de la Ley de Protección al Ahorro Bancario al inicio de la auditoría y a cuatro años de la fecha de emisión de las recomendaciones y de los oficios de seguimiento impugnados, el IPAB no había cumplido con lo dispuesto por el artículo Quinto Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario.

Es conveniente recordar que el legislador no preveía como opción la supervivencia de los pagarés FOBAPROA, toda vez que se habían detectado irregularidades graves en el Programa de Capitalización y Compra de Cartera. La ley no aceptó la asunción inmediata por parte del IPAB de los pasivos correspondientes al Programa de Capitalización y Compra de Cartera, éstos sólo podían convertirse en deuda pública después de un proceso estricto de saneamiento por medio de auditorías en las cuales se rechazaran los créditos estableciendo expresamente la posibilidad de que se pudieran reducir las garantías o instrumentos de pago respectivo.

El programa del artículo Quinto Transitorio no se puede explicar sin una depuración escrupulosa de los créditos. La única forma en que los pagarés FOBAPROA podían ser pagados era *mediante el incumplimiento directo de la ley por parte del IPAB* si éste se negare a instrumentar y a cumplir con las normas dispuestas en el artículo Quinto Transitorio y con el programa que en dicho precepto se ordenaba; es conveniente recordar que a la fecha emisión de los oficios habían pasado cuatro años sin que el gobierno hubiera concretado el programa ni mucho menos aún revisara los créditos.

La revisión del cumplimiento del programa es, sin lugar a dudas, revisión de la gestión financiera de la cuenta pública respectiva y sirvió para que por fin el IPAB se decidiera a concretar el programa lo que sucedió hasta el ocho de julio del año pasado, es decir, a cinco años de vigencia de la ley y a uno del vencimiento de los pagarés FOBAPRA y que, además, pactara las auditorías *que eran ordenadas en el artículo transitorio que rechazaba frontalmente que la ciudadanía asumiera el costo fiscal de créditos ilegales*.

Las razones anteriores me llevaron a votar en contra de la sentencia mayoritaria, pues considero que debió reconocerse la validez de los oficios impugnados emitidos por la Auditoría Superior de la Federación.

III. Exhorto al órgano reformador de la Constitución y al Congreso de la Unión

Se han promovido tres importantes controversias constitucionales en contra de las actuaciones de la Auditoría Superior de la Federación, la 36/2003, la 61/2004 y la presente 91/2003, en todas los actos de la Auditoría Superior de la Federación han sido invalidados.

Los Poderes y los niveles de Gobierno se sienten agredidos con la actuación de la Auditoría, no existe la costumbre ni la cultura de que la administración de los recursos públicos sea controlada; la opacidad se niega a ceder terreno a la transparencia y al pleno control de cuentas.

Por otra parte, una concepción ortodoxa del principio de división de poderes no ha permitido comprender la nueva estructura constitucional de reparto de funciones y el papel de nuevos órganos que son producto de las transformaciones del Estado contemporáneo y de la exigencia ciudadana de un manejo escrupuloso de la actividad estatal.

A la luz de los anteriores esquemas, la revisión de la cuenta pública era una función política más que una efectiva función técnica de control, de corrección de las irregularidades y de castigo a quienes hacen un mal

uso los recursos públicos; sin embargo, al día de hoy la existencia de estos nuevos órganos en el mundo que se incorporan a las Constituciones, ha dotado a esta facultad de un verdadero contenido en donde se debe realizar un control efectivo de la actividad financiera de los Poderes y, en donde, ante el acrecentamiento de estas facultades de revisión y control, el principio de división de poderes se flexibiliza, pues hay que dar paso a los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, que los ciudadanos desean fervientemente salvaguardar.

Esta nueva realidad no ha sido del todo comprendida en el caso de la Auditoría Superior de la Federación, lo que ha llevado incluso a que en la discusión de la controversia constitucional 61/2004, se la haya calificado como un Supremo Poder Conservador.

Sin embargo, a ello contribuye también una legislación oscura que si no se concatena con los principios constitucionales, poco ayuda a la labor de la Auditoría Superior de la Federación.

Por lo anterior, me parece necesario realizar un llamado para el Órgano Reformador de la Constitución Federal y al Congreso de la Unión: Es necesario que se realicen reformas constitucionales y legales a fin de darle verdadera viabilidad y funcionalidad a la Auditoría Superior de la Federación; dotarle de herramientas jurídicas claras e inobjetables para que juegue el papel que le corresponde en el control de la actividad financiera del Estado, para ello resulta indispensable la elevación a norma constitucional de sus facultades más importantes, en específico las que significan una vinculación de los Poderes Públicos hacia la resoluciones de la Auditoría.

De lo contrario, esta institución que debería ser uno de los puntos estructurales de la transición democrática, puede convertirse en una expectativa frustrada más de la ciudadanía.