COORDINACIÓN GENERAL DE MEJORA REGULATORIA DE SERVICIOS Y DE ASUNTOS JURÍDICOS

COFEME/05/1547

México, D. F., a 15 de junio de 2005

ING. OSCAR TORRE GÓMEZ
OFICIAL MAYOR
SECRETARÍA DE ECONOMÍA
P R E S E N T E

35614

Me refiero a la respuesta de la Secretaría de Economía (SE) al dictamen total emitido por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER), con fecha 13 de enero de 2005, respecto del anteproyecto denominado **PROY-NOM-168-SCFI-2004. Bebidas Alcohólicas – Bacanora – Especificaciones de elaboración, envasado y etiquetado** y su respectiva manifestación de impacto regulatorio (en adelante, "el dictamen total"); dicha respuesta fue remitida por la SE el 8 de junio del año en curso, vía el portal de Internet de la Manifestación de Impacto Regulatorio (MIR).

Sobre el particular, con fundamento en los artículos 69-E, 69-G, 69-H y 69-J de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA), 7, fracción II, y 9, fracción XI, del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, así como Único, inciso b), del Acuerdo por el que se delegan facultades del Titular de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria a los servidores públicos que se indican, se emite el siguiente:

DICTAMEN FINAL

1.- La SE fue omisa en su contestación respecto del argumento incluido en el numeral 1 del dictamen total, en donde la COFEMER señaló y fundamentó que la inclusión en una norma oficial mexicana (NOM) de un contenido diverso al técnico-operativo y/o a las características de un bien y de los métodos de producción que se requieren para elaborarlo, podría implicar: i) una violación al principio de subordinación que deben seguir las normas jurídicas de nivel inferior (i.e. la NOM) respecto de aquellas de nivel superior (i.e. la Ley Federal sobre Metrología y Normalización -LFMN- o incluso, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio) con la consecuente afectación a la garantía de legalidad de los particulares, y, ii) una posible invasión a las facultades legislativas conferidas al Congreso de la Unión en el artículo 73, fracción X, de la Constitución Política Mexicana.

2.- En relación con lo señalado en el numeral 1) del dictamen total, la COFEMER mencionó, en el numeral 2 del propio dictamen total y a manera de ejemplo, algunas disposiciones del anteproyecto cuyo contenido no se apegaría al que corresponde a una NOM en los términos aludidos en el numeral 1 anterior, por lo que se sugirió su eliminación.

Si bien la SE expuso las razones de tipo práctico que subyacen la necesidad de mantener las disposiciones del anteproyecto que ejemplificativamente fueron citadas por la COFEMER en el numeral 2 del dictamen total, la COFEMER estima

que dichas razones no motivan desde el punto de vista jurídico la inclusión de las citadas disposiciones en una NOM, toda vez que ni aquéllas ni éstas tienen un contenido técnico-operativo y/o de características de un bien y de los métodos de producción que se requieren para elaborarlo.
Por lo señalado anteriormente, se sostiene la sugerencia formulada por la COFEMER en el numeral 2 de su dictamen total, a efecto de que se elimine del anteproyecto toda referencia que no tenga el contenido material aludido en el primer párrafo del presente numeral, teniéndose por reproducidos los ejemplos que se manejaron en el numeral 2 del dictamen total y que estarían en tal supuesto.

3.- De la respuesta de la SE al numeral 3 del dictamen total, se infiere que no existe variación alguna de las características sensoriales del Bacanora en relación a la capacidad de los recipientes para llevar a cabo el proceso de maduración de esta bebida; en razón de lo anterior, parecería no existir argumento técnico alguno para establecer en el anteproyecto un límite máximo de capacidad de estos recipientes (en la versión original del anteproyecto la capacidad de los recipientes era de 200 litros y en la nueva versión es de 600 litros).

4.- Respecto del comentario realizado por la COFEMER en el numeral 4 del dictamen total, la SE modificó la redacción del subinciso 3.8 del anteproyecto de NOM, de la siguiente manera:

"Productor autorizado.- Es la persona física o moral que cuenta con autorización por parte del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, conforme a sus atribuciones, ***para dedicarse a la elaboración de Bacanora*** *dentro de sus instalaciones, las cuales deberán estar ubicadas en el territorio comprendido en la Denominación de Origen del Bacanora."*

En este sentido se sugiere a la SE adecuar la redacción del subinciso aludido del anteproyecto, ajustándose a lo establecido en el artículo 169 de la Ley de la Propiedad Industrial (LPI)[1], ya que la autorización que emite el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial se refiere al uso de una denominación de origen y no así a "dedicarse a la elaboración del Bacanora".

Por lo anterior, se sugiere utilizar la siguiente redacción:

"Productor autorizado.- Es la persona física o moral que cuenta con autorización por parte del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, conforme a sus

[1] Artículo 169 de la LPI.- **La autorización para usar una denominación de origen** deberá ser solicitada ante el Instituto y se otorgará a toda persona física o moral que cumpla los siguientes requisitos: I.- Que directamente se dedique a la extracción, producción o elaboración, de los productos protegidos por la denominación de origen; II.- Que realice tal actividad dentro del territorio determinado en la declaración; III.- Que cumpla con las normas oficiales establecidas por la SE conforme a las leyes aplicables, respecto de los productos que se trate, y IV.- Los demás que señale la declaración.

atribuciones, **para usar la denominación de origen del Bacanora,** en términos de lo establecido por la Ley de la Propiedad Industrial."

5.- La COFEMER señaló en el numeral 5 del dictamen total que la atribución conferida al organismo de certificación señalada en el subinciso 7.2 del anteproyecto (i.e. *que a **juicio** del organismo de certificación el productor de Bacanora cuente con líneas de producción claramente diferenciadas*) podría ir más allá de las funciones propias del mencionado organismo en términos de lo dispuesto por el artículo 80 de la LFMN. Al respecto, la SE modificó la redacción del subinciso antes referido, en el siguiente sentido:

"7.2 En ningún momento el productor de Bacanora puede elaborar simultáneamente en sus instalaciones, cualquier otro producto, a menos de que cuente con líneas de producción claramente diferenciadas, permitiendo en cualquier momento al organismo de certificación acreditado y aprobado, la verificación de acuerdo al artículo 80 de la LFMN, ajustándose a las normas oficiales mexicanas y en su defecto a las normas internacionales."

Sobre el particular, se estima que la modificación al subinciso 7.2 del anteproyecto no desvirtúa el contenido de la observación que formuló la COFEMER, toda vez que el artículo 80, primer párrafo, de la LFMN dispone que: *"Las actividades de certificación, deberán ajustarse a las reglas, procedimientos y métodos que se establezcan en las normas oficiales mexicanas, y en su defecto a las normas internacionales"*; en este sentido, el anteproyecto de NOM no establece parámetro alguno para determinar si las instalaciones en donde se elabore el Bacanora cuentan o no con líneas de producción claramente diferenciadas, dejando al arbitrio del organismo de certificación tal juicio, situación que podría derivar en posibles violaciones al principio o garantía de legalidad contenido en nuestro sistema jurídico. Por ello, se mantiene la postura original formulada al respecto.

6.- En el numeral 6 del dictamen total, la COFEMER cuestionó la necesidad de que el subinciso 11.1.9 del anteproyecto limite la capacidad de los envases hasta cinco litros como máximo, y prohíba la utilización de envases con marcas que pertenezcan a otro fabricante, a lo que la SE se limitó a señalar que el envasado del Bacanora en recipientes no mayores a cinco litros tiene como objeto garantizar que no se realicen prácticas de reventa a granel; para tomar como válida tal aseveración, la SE debió aportar elementos suficientes capaces de demostrar o justificar que mediante la aplicación de dicha medida, efectivamente se garantiza la no realización de prácticas de reventa a granel. En este sentido, la SE no justificó la imposición de tal medida.

Asimismo, la SE no se pronunció respecto del cuestionamiento de la COFEMER en relación con la prohibición de utilización de envases con marcas que pertenezcan a otro fabricante, por lo que al parecer no existe justificación técnica alguna para establecer tal restricción; restricción que, de nueva cuenta, podría

traducirse, al igual que las medidas mencionadas en el párrafo anterior, en la creación innecesaria de barreras de entrada a este mercado.

Por último, en relación con el numeral 11 del anteproyecto se reitera el comentario contenido en el dictamen total, en el tenor de que resulta incongruente solicitar al envasador que demuestre que el producto no ha sido adulterado, cuando el procedimiento de evaluación de la conformidad resulta ser el instrumento que prevé la LFMN para comprobar el cumplimiento del producto respecto de la NOM correspondiente.

7.- En relación con el comentario vertido por la COFEMER en el numeral 7 del dictamen total, la SE incluyó un artículo transitorio que dispone lo siguiente: *"La presente Norma entrará en vigor una vez que exista una persona acreditada y aprobada para la evaluación de la conformidad de la NOM en términos de la LFMN y su reglamento"*.

Sin perjuicio de lo anterior, se sugiere a la SE explorar si con motivo de la aplicación de los artículos 70-C, fracción III de la LFMN y 90 de su Reglamento, sería necesario contar con más de una persona acreditada y aprobada para la evaluación de la conformidad, así como, en su caso, evaluar la necesidad de promover las acciones establecidas en el artículo 70-C, último párrafo, de la LFMN, que establece: "Cuando una entidad de acreditación o persona acreditada y aprobada tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, la Secretaría (de Economía) estará facultada para establecer obligaciones específicas relacionadas con las tarifas, calidad y oportunidad en el servicio".

8.- La COFEMER citó en el numeral 8 del dictamen total, a manera de ejemplo, cuatro atribuciones otorgadas por la NOM al organismo evaluador de la conformidad que podrían ir más allá de las funciones previstas por el artículo 80 de la LFMN y que generan costos de cumplimiento a los particulares e indicó que deberían eliminarse del anteproyecto, a saber:

a) la instalación y operación del Registro de Plantación de Predios (numeral 7.1.1 del anteproyecto).
b) la autorización para el traslado del producto (numeral 10, tercer párrafo, del anteproyecto).
c) la expedición de certificado de comercialización del Bacanora (numeral 14.1 del anteproyecto).
d) la expedición de certificados de exportación (numeral 14.2 del anteproyecto).

En atención al anterior comentario, la SE señaló en su respuesta que mantendría las atribuciones en comento ya que son de gran importancia para la NOM, abundando que la necesidad externada por los productores de verificar y corroborar que el proceso de producción y comercio de Bacanora se realice

apegado a una serie de requisitos tendientes, no a reducir o eliminar a la competencia, sino a garantizar la autenticidad del producto final. En particular, la SE destacó la necesidad de llevar un Registro de Plantación de Predios para inscribir el agave obtenido de poblaciones silvestres o de plantaciones comerciales que garantice que la piña utilizada para la elaboración del Bacanora es de Agave angustifolia Haw., y no de otra especie, cerrando las puertas a la adulteración por este concepto. Al respecto, la COFEMER destaca que dichos argumentos no desvirtúan el contenido de la observación que formuló, ya que no resultan suficientes para pretender dar atribuciones al organismo evaluador de la conformidad que no corresponden a las funciones previstas en el artículo 80 de la LFMN ni al contenido propio de una NOM (ver numeral 1 de este dictamen final).

En adición a la observación original contenida en el dictamen total, la COFEMER señala que de no eliminarse las mencionadas atribuciones otorgadas en el anteproyecto al organismo evaluador de la conformidad, podría violentarse lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional que consagra el principio de legalidad; de igual manera, las atribuciones en comento podrían implicar el establecimiento de limitaciones al comercio que, en primer lugar, corresponderían al Congreso de la Unión en términos de lo previsto en el artículo 73, fracción X, de la Constitución Política.

Asimismo, cabría evaluar si el establecimiento de las multicitadas atribuciones en el anteproyecto resultaría consistente con el contenido del artículo 131 de la propia Constitución.

Sobre el tema de la expedición de certificados de exportación del Bacanora, esta COFEMER sugiere a la Dirección General de Normas (-DGN- unidad administrativa de la SE responsable del anteproyecto) establezca contacto con la Subsecretaría de Industria y Comercio, a fin de evaluar las posibles consecuencias que en materia de comercio exterior pudieran surgir con la implementación de la medida aludida. Para tales fines, esta COFEMER enviará copia del presente oficio al área en comento.

9.- A efecto de atender lo establecido en el numeral 9 del dictamen total, la SE modificó la redacción del subinciso 14.3 del anteproyecto el cual señalaba que el organismo de certificación acreditado y aprobado debería presentar un informe bimestral a la Dirección General de Normas en el que se hiciera constar el producto certificado por marca que legítimamente pueda ser comercializado. Al respecto, la SE modificó la redacción de tal subinciso para quedar de la siguiente forma:

"El productor y envasador de Bacanora debe llevar un registro del número de litros producidos y envasados, especificando el nombre de los compradores directos a granel y bajo que marcas se está comercializando el producto, para que el

apegado a una serie de requisitos tendientes, no a reducir o eliminar a la competencia, sino a garantizar la autenticidad del producto final. En particular, la SE destacó la necesidad de llevar un Registro de Plantación de Predios para inscribir el agave obtenido de poblaciones silvestres o de plantaciones comerciales que garantice que la piña utilizada para la elaboración del Bacanora es de Agave angustifolia Haw., y no de otra especie, cerrando las puertas a la adulteración por este concepto. Al respecto, la COFEMER destaca que dichos argumentos no desvirtúan el contenido de la observación que formuló, ya que no resultan suficientes para pretender dar atribuciones al organismo evaluador de la conformidad que no corresponden a las funciones previstas en el artículo 80 de la LFMN ni al contenido propio de una NOM (ver numeral 1 de este dictamen final).

En adición a la observación original contenida en el dictamen total, la COFEMER señala que de no eliminarse las mencionadas atribuciones otorgadas en el anteproyecto al organismo evaluador de la conformidad, podría violentarse lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional que consagra el principio de legalidad; de igual manera, las atribuciones en comento podrían implicar el establecimiento de limitaciones al comercio que, en primer lugar, corresponderían al Congreso de la Unión en términos de lo previsto en el artículo 73, fracción X, de la Constitución Política.

Asimismo, cabría evaluar si el establecimiento de las multicitadas atribuciones en el anteproyecto resultaría consistente con el contenido del artículo 131 de la propia Constitución.

Sobre el tema de la expedición de certificados de exportación del Bacanora, esta COFEMER sugiere a la Dirección General de Normas (-DGN- unidad administrativa de la SE responsable del anteproyecto) establezca contacto con la Subsecretaría de Industria y Comercio, a fin de evaluar las posibles consecuencias que en materia de comercio exterior pudieran surgir con la implementación de la medida aludida. Para tales fines, esta COFEMER enviará copia del presente oficio al área en comento.

9.- A efecto de atender lo establecido en el numeral 9 del dictamen total, la SE modificó la redacción del subinciso 14.3 del anteproyecto el cual señalaba que el organismo de certificación acreditado y aprobado debería presentar un informe bimestral a la Dirección General de Normas en el que se hiciera constar el producto certificado por marca que legítimamente pueda ser comercializado. Al respecto, la SE modificó la redacción de tal subinciso para quedar de la siguiente forma:

"El productor y envasador de Bacanora debe llevar un registro del número de litros producidos y envasados, especificando el nombre de los compradores directos a granel y bajo que marcas se está comercializando el producto, para que el

organismo de certificación de producto acreditado y aprobado, pueda en su momento verificar los datos consignados."

En términos de lo señalado en el numeral 1 de este dictamen final, se considera que el contenido de este subinciso modificado no tendría el contenido de tipo técnico- operativo, así como de las características de un bien y de los métodos de producción que se requieren para elaborarlo, por lo que se presentaría la misma problemática descrita en el citado numeral 1.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

EL COORDINADOR GENERAL

LIC. DAVID QUEZADA BONILLA

C.c.p. **Lic. Carlos García Fernández.** Titular de la COFEMER. Para su conocimiento.
Lic. Juan Antonio García Villa. Subsecretario de Normatividad, Inversión Extranjera y Prácticas Comerciales Internacionales de la SE. Igual fin.
Lic. Ángel Villalobos Rodríguez. Subsecretario de Negociaciones Comerciales Internacionales de la SE. Igual fin.
Lic. Rocío Ruiz Chávez. Subsecretaria de Industria y Comercio de la SE. Igual fin.
Lic. María Jimena Valverde Valdés. Jefa de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la SE. Igual fin.
Lic. Miguel Aguilar Romo. Director General de Normas de la SE. Igual fin.
Lic. Kenneth Smith Ramos. Director General de Evaluación y Seguimiento de Negociaciones de la SE. Igual fin.
Ing. Ricardo Zamora Tejeda. Director General de Programación, Organización y Presupuesto de la SE. Igual fin.
Lic. Miguel Flores Bernés. Coordinador General de Manifestaciones Impacto Regulatorio de la COFEMER. Igual fin.