COORDINACIÓN GENERAL DE MEJORA REGULATORIA DE SERVICIOS Y DE ASUNTOS JURÍDICOS

COFEME/05/0280

México, D.F., a 13 de enero de 2005

ING. OSCAR TORRE GÓMEZ
OFICIAL MAYOR
SECRETARÍA DE ECONOMÍA
PRESENTE

Me refiero al anteproyecto denominado ***PROY-NOM-168-SCFI-2004 Bebidas alcohólicas – Bacanora – Especificaciones de elaboración, envasado y etiquetado*** y a su respectiva Manifestación de Impacto Regulatorio (MIR), remitidos por la Secretaría de Economía (SE) el 18 de noviembre de 2004, vía el portal de internet de la 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, y habida cuenta que la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER) resolvió con fecha 2 de diciembre de 2004 sobre la procedencia de la excepción invocada por la SE a propósito de la moratoria regulatoria vigente, se emite el siguiente:

DICTAMEN TOTAL

1. La naturaleza jurídica de las normas oficiales mexicanas (NOMs), en términos de la fracción XI del artículo 3 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (LFMN), consiste en ser **regulaciones técnicas** de observancia obligatoria expedidas por las dependencias competentes, conforme a las finalidades establecidas en el artículo 40 de la misma Ley.

   Por otra parte, el Anexo 1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial de Comercio, define al reglamento técnico como un documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria.

   Derivado de lo anterior, puede afirmarse que el contenido material de una NOM se refiere necesariamente a los aspectos técnico-operativos, así como a las características de un bien y de los métodos de producción que se requieren para elaborarlo. El que una NOM incluya un contenido diverso al anterior podría implicar una violación al principio de subordinación que deben seguir las normas jurídicas de nivel inferior (i.e. la NOM) respecto de las de nivel superior (i.e. la LFMN), con la consecuente afectación a la garantía de legalidad de los particulares. Adicionalmente, podrían estarse invadiendo las facultades legislativas conferidas al Congreso de la Unión en el artículo 73 de la Constitución.

2. En virtud de lo expuesto en el numeral anterior, esta COFEMER sugiere a la SE eliminar del anteproyecto toda referencia que no tenga el contenido material aludido en el segundo párrafo del numeral anterior. Esta COFEMER considera que se encontrarían en el supuesto de mérito, entre otros, los siguientes puntos:

a) el establecimiento de un *Registro de Plantación de Predios* para la inscripción del agave obtenido de poblaciones silvestres o de plantaciones comerciales como materia prima para la fabricación de Bacanora (numeral 7.1.1 del anteproyecto).
b) la obligación de los productores de Bacanora de llevar un registro actualizado de diversos documentos (numeral 7.1.3 del anteproyecto).
c) la obligación de los productores de Bacanora de demostrar que el producto no ha sido adulterado (numeral 7.1.3 del anteproyecto).
d) lo relativo al traslado del producto (numeral 10 del anteproyecto).
e) la prohibición a los envasadores para utilizar más de un proveedor de Bacanora por marca o por tipo de Bacanora de esa marca (numeral 11.1.2 del anteproyecto).
f) la obligación de demostrar que el producto no ha sido adulterado durante el proceso de envasado (numeral 11 del anteproyecto).
g) la limitación de la capacidad de los envases a cinco litros (numeral 11.1.9 del anteproyecto).
h) las limitaciones a la comercialización del producto, en particular la obligación del productor de obtener un certificado del organismo de certificación para estar en posibilidad de comercializar el Bacanora; la prohibición de reventa a granel del Bacanora; la obligación por parte del comercializador de obtener un certificado de exportación del organismo de certificación (numeral 14 del anteproyecto).

3. En la definición 3.3 Añejamiento, del anteproyecto, se establece que el proceso de maduración de la bebida alcohólica deberá ser en recipientes con una capacidad máxima de 200 litros. Al respecto, se deberá explicar por qué se limita la capacidad de los recipientes y la razón por la que no deben emplearse recipientes de mayor capacidad para añejar el Bacanora. De no existir una justificación técnica, se deberá evaluar la eliminación de tal restricción, ya que ésta podría afectar los costos de los productores de Bacanora y por ende su competitividad con respecto a los productores de otras bebidas alcohólicas (en el caso del tequila, de acuerdo al PROY-NOM-006-SCFI-2004, no se cuenta con una restricción tan fuerte como la que se plantea en el anteproyecto aquí analizado).

4. En el numeral 3.8 del anteproyecto se encuentra una autorización que supone la intervención de la Dirección General de Normas (DGN) y cuyo único fundamento es la propia NOM. Cabe destacar en este punto, que la única autorización contemplada en Ley en relación con el Bacanora, es aquella establecida en el artículo 169 de la Ley de la Propiedad Industrial ("autorización para usar una denominación de origen"), misma que debe ser solicitada ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

   A mayor abundamiento y toda vez que no existe precepto legal alguno que establezca una obligación a cargo de los particulares a efecto de obtener una autorización para elaborar Bacanora, debe prestarse mucha atención a posibles violaciones a la garantía de legalidad. Según ha sostenido el Poder Judicial de la Federación en distintas tesis, la actuación de toda autoridad debe realizarse en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada (cfr. tesis jurisprudencial 50/2000 del 27 de marzo de 2000).

Adicionalmente, y sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, debe recordarse el contenido del artículo 18 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que señala que las atribuciones de las unidades administrativas de las Secretarías de Estado deben constar en el reglamento interior de estas últimas. En tal sentido, se estima que las atribuciones de la DGN de otorgar autorizaciones deben estar previstas precisamente en el Reglamento Interior de la Secretaría de Economía, adicionalmente al fundamento legal que corresponda.

5. El numeral 7.2 del anteproyecto señala que: "En ningún momento el productor de Bacanora puede elaborar simultáneamente cualquier otro producto en las instalaciones del productor autorizado por la dependencia competente, a menos de que cuente con líneas de producción claramente diferenciadas a juicio del organismo de certificación...". En primer lugar, la SE debe informar si una medida de esta naturaleza afectaría las economías de escala que puedan tener los productores de Bacanora, por lo que se pide una justificación técnica de esta restricción. En segundo lugar, debe considerarse que la atribución que se pretende dar al organismo de certificación podría ir más allá de las funciones propias de este último en términos del artículo 80 de la LFMN. Por último, iguales comentarios aplican a lo señalado en el numeral 11.1.6 del anteproyecto a propósito de los envasadores.

6. En el primer párrafo de la sección 11 Envasado, se hace referencia al numeral 7.2.1 del anteproyecto; no obstante, este último numeral no existe. Este comentario se emite sin perjuicio de la postura que en relación con el numeral 7.1.3 del anteproyecto, referente a la no adulteración del Bacanora, fijó esta COFEMER en el numeral 2 del presente oficio.

   Por otra parte, podría existir una contradicción respecto al supuesto de reutilizar envases para el Bacanora, toda vez que, por una parte, el numeral 11.1.3, segundo párrafo, del anteproyecto señala que "Únicamente será permitida la reutilización de envases cuando su tratamiento garantice la inocuidad del mismo" y, por otra parte, el numeral 11.1.9 del mismo anteproyecto indica que "El Bacanora se **debe** envasar en **recipientes nuevos**...". De igual manera, cabe cuestionar la necesidad de que el numeral 11.1.9 limite la capacidad de los envases hasta 5 litros como máximo, y prohíba la utilización de envases con marcas que pertenezcan a otro fabricante.

   Lo anterior, sin prejuzgar acerca del contenido de las disposiciones mencionadas, toda vez que el artículo 40, fracción XII de la LFMN (citado como fundamento del anteproyecto en la MIR correspondiente en adición a la fracción XV) limita la competencia de la SE al establecimiento de información comercial en los envases del producto en comento y no a las restricciones al envasador que establece el anteproyecto en su numeral 11.

   Adicionalmente, 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. De conformidad con el numeral 3.4 de los "Lineamientos para la elaboración o modificación de Procedimientos para la Evaluación de la Conformidad de Normas Oficiales Mexicanas", aprobados en la Tercera Sesión de la Comisión Nacional de Normalización (CNN), celebrada el 21 de agosto de 2003, cuando no se cuente con la infraestructura para llevar a cabo la evaluación de la conformidad de la NOM, se notificará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial de la Federación el momento en que se cuente con la infraestructura para evaluar la aplicación de la NOM correspondiente.

   En consecuencia, convendría explorar la posibilidad de incluir un artículo transitorio en el anteproyecto de norma que indique que la NOM entrará en vigor una vez que la Secretaría de Economía publique en el DOF el aviso mediante el cual dé a conocer la existencia de una persona acreditada y aprobada para la evaluación de la conformidad de la NOM en términos de la LFMN y su Reglamento.

8. Respecto a las funciones del organismo evaluador de la conformidad, se reitera que éstas deberán limitarse a lo señalado en el artículo 80 de la LFMN.

   Esta COFEMER considera que los siguientes puntos resultan ejemplificativos de atribuciones otorgadas por la NOM al organismo evaluador de la conformidad que podrían ir más allá de las funciones previstas por la LFMN y que generan costos de cumplimiento a los particulares, por lo que la SE deberá eliminar este tipo de contenidos del anteproyecto de mérito.

   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 (14.1 del anteproyecto)
   d) la expedición de certificados de exportación (numeral 14.2 del anteproyecto)

9. El numeral 14.3 del anteproyecto, en su segunda frase, prevé la presentación por parte del organismo de certificación acreditado y aprobado de un informe bimestral a la Dirección General de Normas, en el que se haga constar el producto certificado por marca que legítimamente puede ser comercializado; es decir, se establece un trámite que debe ser cumplido por una persona moral privada. El establecimiento de esta obligación, cuyo único fundamento es la propia NOM, se consideraría contrario a lo señalado en el artículo 69-O de la LFPA que, si bien prevé que existen casos en que la fundamentación de un trámite se encuentre en una NOM, dichos casos se refieren exclusivamente a los trámites vinculados con el procedimiento de evaluación de la conformidad.

10. Tanto el numeral 13, como el 15.1, inciso m), del anteproyecto contemplan temas que no resultan ser de la competencia de la SE, por lo que se sugiere eliminar este tipo de referencias del anteproyecto de mérito.

11. Por último, como ya se mencionó en el numeral 1 del presente dictamen total, una de las finalidades de una NOM resulta ser el establecimiento de las características de un producto; en este orden de ideas, el numeral 6.1 del anteproyecto relativo a las especificaciones sensoriales del Bacanora, se limita a indicar que el color, olor y sabor del producto objeto del anteproyecto debe ser el "característico" no cumpliendo así con la finalidad misma de la NOM, toda vez que dicha información

no resulta un parámetro objetivo que pueda ser tomado de referencia al momento de llevar a cabo la evaluación de la conformidad correspondiente, por lo que la SE deberá establecer en el anteproyecto las especificaciones respectivas.

En esta tesitura, no se omite señalar que el artículo 156 de la Ley de la Propiedad Industrial define a la denominación de origen como: "el nombre de una región geográfica del país que sirva para designar un producto originario de la misma, y *cuya calidad o característica* se deban exclusivamente al medio geográfico, comprendiendo en éste los factores naturales y los humanos". En virtud de que esta NOM tiene como finalidad el apoyo a las denominaciones de origen, resultaría cuestionable que el contenido respecto de las especificaciones del producto objeto de la NOM sea manejado de manera tan general en el cuerpo del anteproyecto de mérito.

La COFEMER queda en espera de la contestación de la SE al presente dictamen total, de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 69-J de la LFPA, a fin de que este órgano desconcentrado emita su dictamen final dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de dicha contestación.

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

EL COORDINADOR GENERAL

LIC. DAVID QUEZADA BONILLA

C.c.p. **Lic. Juan Antonio García Villa.** Subsecretario de Normatividad, Inversión Extranjera y Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía. Para su conocimiento.
Lic. Jorge Amigo Castañeda. Director General del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Igual fin.
Lic. Ángel Villalobos Rodríguez. Subsecretario de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía. Igual fin.
Lic. María Jimena Valverde Valdés. Jefa de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Economía. Igual fin.
Lic. Miguel Aguilar Romo. Director General de Normas de la Secretaría de Economía. Igual fin.
Lic. Kenneth Smith Ramos. Director General de Evaluación y Seguimiento de Negociaciones de la Secretaría de Economía. Igual fin.
Ing. Ricardo Zamora Tejeda. Director General de Programación, Organización y Presupuesto de la Secretaría de Economía. Igual fin.
Lic. Miguel Flores Bernés. Coordinador General de Manifestaciones Impacto Regulatorio. Igual fin.
Lic. Javier Tlaculio González. Director de Organización y Modernización Administrativa de la Secretaría de Economía. Igual fin.