



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

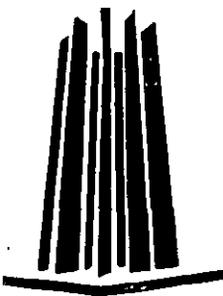
 ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
 CAMPUS ARAGON

ANALISIS SOBRE LA CONCESION ADMINISTRATIVA
 Y LAS GASOLINERAS DENOMINADAS
 "FRANQUICIA"

289896

T E S I S
 QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
 P R E S E N T A :
OCAMPO NOVERON, MA. DE LOURDES

ASESOR DE TESIS: LIC. MAURICIO SANCHEZ ROJAS





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

***Tener amor es sufrirlo todo,
creerlo todo, esperarlo todo,
soportarlo todo. 1 Co.13:7***

Mi agradecimiento:

A Dios porque me ha brindado
todo para ganar victorias como esta.

A mis padres porque su apoyo fiel
y constante fue algo que me desafió
a concluir.

A mis hermanos porque son mi gran
esperanza.

A mis amigos y la Iglesia que me han visto
tal como soy y han creído en mí.

A mis profesores de la Escuela Nacional
de Estudios Profesionales Aragón por su
enseñanza y paciencia para instruirme.

A mi profesor y asesor Lic. Mauricio Sánchez Rojas
por toda su confianza y apoyo.

Al Lic. Francisco Javier Escalera Soto
por sus palabras de ayuda y ánimo.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Por los conocimientos y experiencia transmitidos a sus alumnos, ya que sin ellos no se podría lograr la culminación de mi carrera universitaria, la elaboración de este trabajo para poder obtener mi título profesional.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	IV
 CAPITULO PRIMERO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA	
1.1.- La Administración Pública Federal.	2
1.1.1. Concepto doctrinal y legal.	2
1.1.2. Organización administrativa.	5
1.1.3. Administración Pública Federal.	6
1.1.4. La Administración Pública Federal Centralizada.	6
1.2.-Los Organismos Descentralizados.	8
1.2.1. La Administración Pública Paraestatal.	8
1.2.2. La Descentralización administrativa.....	10
1.2.3. Los Organismos Descentralizados.	11
1.3.- Los Actos Administrativos.	12
1.3.1. Definición y Clasificación de los actos administrativos.	12
1.3.2. Elementos del Acto Administrativo.....	20
1.4.- Concesión Administrativa.....	22
1.4.1. Antecedentes.....	22
1.4.2. Naturaleza Jurídica de la concesión administrativa.....	28
 CAPITULO SEGUNDO PETROLEOS MEXICANOS	
2.1.- Pemex como Organismo Descentralizado y sus características.....	33

2.1.1. Pemex, y su historia.	33
2.1.2. Expropiación Petrolera.	34
2.1.3. Pemex Organismo Descentralizado.	35
2.2.- Nueva Legislación de Petróleos Mexicanos.	37
2.2.1. Surge el Instituto Mexicano del Petróleo.	37
2.2.2. Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.....	38
2.3.- Pemex Crea un Departamento encargado de otorgar Franquicias.....	40
2.3.1. Pemex-Refinación y su organización.....	40
2.4.- Estaciones de Servicio "Gasolineras" otorgadas en franquicias.....	42
2.4.1. Estaciones de Servicio a la vanguardia.....	42
2.4.2. Estaciones de Servicio otorgadas en Franquicia; sus características y requisitos.	43
2.4.3. LA FRANQUICIA PEMEX y sus fines.	50

CAPITULO TERCERO

LA FRANQUICIA

3.1.- El origen.	54
3.1.1. La Edad Media.....	54
3.1.2. Evolución de la Franquicia.....	55
3.1.3. La franquicia "un nuevo formato para hacer negocio".....	58
3.2.- Concepto y Clasificación.....	60
3.2.1. Concepto	60
3.2.2. Características.....	63
3.2.3. Clasificación.....	63
3.3.- El Contrato de Franquicia.....	64
3.3.1. El Contrato de Franquicia y sus características.....	64
3.3.2. Figuras análogas.....	77
3.4.- La Franquicia en la Legislación Mexicana.....	78
3.4.1. Ley de invenciones y Marcas.....	78
3.4.2. Ley y Reglamento de Transferencia de Tecnología.....	78
3.4.3. Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología.....	81
3.4.4. Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial.....	85

CAPITULO CUARTO

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE CONCESION ADMINISTRATIVA Y FRANQUICIA.

4.1. Concesión Administrativa como acto administrativo.....	88
4.1.1. La Concesión en la Administración Pública.....	88
4.1.2. De las autoridades que emiten actos administrativos.....	89
4.1.3. La Concesión administrativa un acto administrativo.....	89
4.2. Franquicia como contrato y figuras afines.....	90
4.2.1. La Franquicia como contrato.....	90
4.2.2. La Franquicia respecto de otras figuras contractuales.....	90
4.3. De los Organismos facultados a otorgar Concesiones.....	93
4.4. Problemática Jurídica de equiparar la Franquicia con la Concesión Administrativa otorgada por PEMEX	95
CONCLUSIONES.....	101
BIBLIOGRAFIA.....	105

INTRODUCCION.

Es al Estado en particular a quien le corresponde en exclusiva las áreas estratégicas del Petróleo, demás hidrocarburos y petroquímica básica, que por conducto de PETROLEOS MEXICANOS y de los Organismos Descentralizados Subsidiarios, como lo establece nuestra Constitución Mexicana y la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos.

PEMEX, es un Organismo descentralizado que fue creado por decreto del 7 de junio de 1938, que cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio, quien ejerce la Conducción Central de la Dirección Estratégica de todas las actividades que abarca la Industria Petrolera como lo dispone la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional.

Tomando en consideración que PEMEX, es una paraestatal o sea un Organismo descentralizado y reflexionado en lo manifestado en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicha Institución solo puede otorgar concesiones, para la distribución de gasolina y otros derivados. La Concesión, acto administrativo, es éste un vocablo técnico equívoco, que en el campo del Derecho Administrativo, aunque unánimemente admitido suele plantear no pocas dificultades cuando se procura determinar su contenido exacto, ya que se utiliza en sentidos diferentes, pues se aplica la misma denominación de distintas figuras jurídicas emergentes de disposiciones administrativas. Concesión es el conferir a una o más personas extrañas a la Administración nuevas capacidades o nuevos poderes o derechos.

En este caso el concedente vendría a ser PEMEX-REFINACION, persona jurídica pública que otorga la concesión y que posee el llamado poder reglamentario.

Las gasolineras han crecido enormemente, razón por la cual PEMEX, dice que, lo que hacía falta era modernizar a Petróleos Mexicanos, por tal motivo han implantado un nuevo sistema para que haya un mejor servicio en toda la República y para eso crearon un departamento especial que lo han nombrado Gerencia de Sistema de Franquicias y como su nombre lo indica, es el departamento que se encarga de otorgar las ahora Franquicias a quien llene los requisitos preestablecidos.

Según funcionarios de PEMEX, dicen que esto ha representado modernidad, avance y un mejor servicio ya que no contaba con él Petróleos Mexicanos, por tal motivo decidió otorgar las ahora franquicias a particulares a través de una Estación de Servicio a fin de distribuir mejor la gasolina y otros derivados del petróleo, a este fenómeno se le ha llamado franquicia.

La Franquicia "una nueva forma de hacer negocio", es un contrato que cuenta con características muy específicas que a continuación se señalan: mercantil, atípico, bilateral, formal, de colaboración, intuitu personae, es de largo plazo o de tracto sucesivo, oneroso y generalmente de adhesión.

El concepto que nos proporciona la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial en su artículo 42, nos dice que "Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se trasmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la

persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales o administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

La franquicia se distingue de la concesión en que ésta última la otorga el Estado para explotar un servicio público o bienes del mismo. La franquicia se otorga contractualmente por un particular a otro particular y es, básicamente, para la explotación de una empresa o negociación que involucra el uso de marcas y la transferencia de tecnología. La concesión como acto administrativo puede darla por terminada el Estado unilateralmente; no así la franquicia que es contrato. En las dos figuras encontramos como semejanzas el privilegio que se otorga al concesionario o al franquiciatario y el derecho para explotar cierta actividad bajo el control del franquiciante.

El punto principal de la polémica que se genera es hacerles notar que no hay base jurídica para que las gasolineras sean llamadas franquicias, sino que serán siempre Concesiones Administrativas ya que mientras PEMEX, sea un Organismo Descentralizado, estará facultado para tal efecto.

CAPITULO PRIMERO

DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

1.1. La Administración Pública Federal

1.1.1. Concepto doctrinal y legal.

En una sociedad surgen intereses colectivos los cuales son satisfechos por medio de la función administrativa que es realizada fundamentalmente por el Estado. Por tal razón el Estado se organiza, de tal manera que se adecua de forma especial que no afecte otras organizaciones y se constituye la Administración Pública.

Por tanto, la Administración Pública tiene un fin que es el de realizar el interés general por medio de una acción desinteresada de todo propósito de lucro, que se asegura con determinadas prerrogativas que establecen un régimen jurídico exorbitante del privado. Los particulares, por el contrario actúan en un plano de igualdad jurídica y su finalidad es obtener un interés, una ventaja o provecho personal.

La Administración Pública Federal; es la parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente del poder ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad Estatal que no desarrollan los otros poderes, su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerárquica y cuenta con: a) elementos personales, b) elementos patrimoniales, c) estructura jurídica y d) procedimientos técnicos.¹

¹ Acosta Romero Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, Décima Tercera Edición 1997, p.270.

Administración Pública; conjunto de órganos mediante los cuales el Estado, las Entidades de la Federación, los Municipios y los Organismos Descentralizados atienden la satisfacción de las necesidades generales que constituyen el objeto de los servidores públicos.

La Administración Pública, organización especial que se puede describir como un organismo público que ha recibido el poder político, la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses sociales generales, en la Ley Orgánica de la Administración Pública encontramos definido el concepto legal de la Administración Pública Federal en sus dos primeros artículos.

De la Administración Pública Federal

ARTICULO 1o.- La presente Ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal.

(REFORMADO, D.O. 15 DE MAYO DE 1996)

La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, integran la Administración Pública Centralizada.

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros

y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.²

(REFORMADO, D.O. 15 DE MAYO DE 1996)

ARTICULO 2o.- En el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios del orden administrativo encomendados al Poder Ejecutivo de la Unión, habrá las siguientes dependencias de la Administración Pública Centralizada:

- I.- Secretarías de Estado;
- II.- Departamentos Administrativos, y
- III.- Consejería Jurídica.

Como ya se ha dicho el Estado debe crear unidades administrativas que se encarguen de realizar actividades que satisfagan necesidades que se originan en la misma sociedad de tal manera que estos órganos forman parte de la Administración Pública y los llama descentralizados, Desconcentrados, Empresas Públicas entre otras.

La Administración Pública puede estudiarse desde dos puntos de vista que son: el Orgánico y el Dinámico, los cuales el primero de éstos se identifica con el Poder Ejecutivo y todos los órganos o unidades administrativas que directa o indirectamente dependen de él, orgánicamente la administración pública federal está constituida por el Presidente de la República y todos los órganos centralizados, desconcentrados, descentralizados, las empresas y sociedades mercantiles de Estado. Desde el punto de vista dinámico, la

² Ley Orgánica de la Administración Pública.

administración pública se entiende como la realización de la actividad que corresponde a los órganos que forman ese sector. En este sentido administrar es realizar una serie de actos para conseguir una finalidad determinada. En este caso, los fines del Estado, que ya vimos son múltiples y complejos: y para cuya consecución se necesita también una complejidad de órganos encargados de realizarlos de una manera armónica, que se logra a través de enlazarlos y coordinarlos jerárquicamente.

Para realizar un estudio de la Administración Pública será necesario examinar los siguientes puntos:

1.- Cuales son los elementos que integran la organización administrativa.

2.- La forma para dar una estructura unitaria a la Administración Pública.

3.- Qué otros elementos fuera de los que integran la Administración colaboran con el Estado en la realización de la función administrativa.

1.1.2. Organización administrativa.

Organizar significa ordenar y acomodar sistemáticamente, desde un punto de vista técnico, un conjunto de elementos para llevar a cabo una colectividad, cumplir un fin, u obtener un objetivo.

La Administración Pública debe organizarse de la manera más idónea y técnica, por eso debe organizarse para realizar su actividad

rápida, eficaz y conveniente. Para ello se ha tratado a través de la evolución de la administración pública, la mejor manera y forma, los organismos necesarios para cubrir las necesidades correspondientes.

La organización en la administración pública es la manera en que se ordenan los órganos administrativos para constituir y dar unidad a la Administración Pública.

Las formas de organización administrativas son I.- la Centralización Administrativa, II.- la Desconcentración, III.- la Descentralización y las empresas de participación estatal.

1.1.3.- Administración Pública Federal.

En el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dice: que la administración Pública Federal será centralizada y paraestatal y que el congreso definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales.

Toda vez que nuestra forma de gobierno es de carácter federal, la Administración Pública se encuentra en las tres instancias de gobierno de nuestro país; Federación, Estados y Distrito Federal y Municipios los cuales siguen los mismos lineamientos de organización.

1.1.4.- La Administración Pública Federal Centralizada.

La centralización, es una estructura de agrupación de órganos que la componen bajo un orden determinado jerárquicamente o sea alrededor de un control de dirección y decisión de toda actividad que

tiene a su cargo, organización que se mantiene fundamentalmente en razón de un vínculo denominado jerarquía o poder jerárquico. Es una estructura en la cual el conjunto de órganos administrativos de un país, están enlazados bajo la dirección de un órgano central único y encuentra su apoyo en el principio de la diversidad de funciones pero dentro de un orden o relación en el que el impulso y la dirección, llevan los centros superiores o directivos y la ejecución los subordinados o inferiores. Y otra manera de expresarlo es que la centralización administrativa existe, cuando los órganos se encuentran colocados en diversos niveles pero todos en una situación de dependencia en cada nivel hasta llegar a la cúspide en que se encuentra el jefe supremo de la Administración Pública. La centralización administrativa se caracteriza por la relación de jerarquía que une a los órganos inferiores con los superiores de la administración. La relación jerárquica, es la relación que regula el vínculo que existe entre los órganos centralizados ya sea por grados o categorías, atribución de competencia según su grado y superficie territorial donde se ejerce y dependencia de los inferiores, respecto de los superiores.

Así, la centralización resulta de una jerarquía de agentes que se monta de escalón en escalón, hasta la cúspide del jerarca de la Administración. Habrá en ella concentración de tareas y de poderes administrativos y existencia de relaciones de subordinación jerárquica.

El régimen de centralización administrativa organiza exclusivamente al Poder Ejecutivo, que se desenvuelve en una serie de órganos superiores que mandan y órganos inferiores que obedecen las órdenes e instrucciones de aquéllos. A la cabeza de este orden se encuentra el Presidente de la República. Las características que

presentan los órganos centralizados son: El Estado es la única persona titular de derechos que se desenvuelven en poderes públicos y éstos, a su vez, en una serie de órganos de mayor o menor importancia; es un régimen administrativo que coordina y vincula a los demás órganos públicos. Hay un régimen jurídico vigente encargado de fijar los caracteres de sus elementos; la facultad de mando y decisión se concentran en el Poder Ejecutivo. Las autoridades inferiores obran en su nombre y por instrucciones recibidas de los órganos superiores; existe un régimen jerárquico, como conjunto de órganos que se suceden de arriba abajo, formando estructura unitaria.

Centralización Administrativa, como nos lo hace saber Acosta Romero al dar su concepto: "La centralización es la forma de organización administrativa en la cual las unidades, órganos de la administración pública, se ordenan o acomodan articulándose bajo el orden jerárquico a partir del Presidente de la República, con el reto de unificar las decisiones, el mando, la acción y la ejecución".³

La relación jerárquica surge básicamente de la relación que hay entre los órganos que la integran y que dependen del órgano central o principal.

1.2. Los Organismo Descentralizados.

³ Ibidem, Pág. 280.

1.2.1: La Administración Pública Paraestatal.

Es la forma de organización administrativa que, conforme a la ley, se establece junto a la administración centralizada, mediante organismos descentralizados, empresas públicas y fideicomisos públicos, para la realización de actividades específicas de interés público, con una estructura, funciones, recursos y personalidad jurídica independiente del Estado.

Estas son algunas características de las formas de organizaciones administrativas:

- 1.- Son integradas por entidades independientes de la Administración Pública Centralizada.
- 2.- Las entidades tienen funciones específicas, de interés público.
- 3.- Se crean por un instrumento legal, por el Legislativo o del Ejecutivo.
- 4.- Cuentan con patrimonio propio.
- 5.- Tienen personalidad jurídica diferente de la del Estado.
- 6.- Y aunque no están sujetas a la jerarquía de la administración centralizada, están sujetas al control del Ejecutivo.

En su artículo 48 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, dispone que: "... el Presidente de la República las agrupará por sectores definidos, considerando el objeto de cada una de dichas entidades en relación con la esfera de competencia que ésta y otras leyes atribuyen a las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos".⁴

⁴ D.O.F. 29 de diciembre de 1976.

Es importante mencionar que todo lo relativo a la organización, funcionamiento y control de las actividades paraestatales es regulado por la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de mayo de 1986. El primer ordenamiento que reguló estas entidades fue la Ley para el Control de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, que fue publicada el 31 de diciembre de 1947, a la cual siguieron las publicadas el 4 de enero de 1966 y la del 31 de diciembre de 1970, sin embargo aún no se regulaba dentro de la Administración Pública Federal. Por lo que posteriormente con la expedición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1976, se estableció que los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas, y los fideicomisos, todos ellos denominados entidades, que integran la Administración Pública Paraestatal. De tal manera que la Ley Federal de Entidades Paraestatales fue publicada el 14 de mayo de 1986, que abrogó a la Ley de Control de los Organismos y Empresas Descentralizadas de 1970, incorpora los contenidos básicos de ésta y amplía sus ámbitos de regulación, adicionalmente ordena en forma más lógica y sistemática la legislación existente para el sector paraestatal y establece el marco para desarrollar en forma coherente la reglamentación menor de los diversos aspectos a que se refiere.

1.2.2. La Descentralización administrativa.

La descentralización administrativa consiste en confiar algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración

centralizada una relación diversa de la de jerarquía, pero sin que dejen de existir respecto de ellas las facultades indispensables para conservar la unidad del Poder.

La descentralización administrativa obedece, en casos, a las necesidades de dar satisfacción a las ideas democráticas y a la conveniencia de dar mayor eficacia a la gestión de intereses locales, para lo cual el Estado constituye autoridades administrativas cuyos titulares se eligen por los mismos individuos cuyos intereses se van a ver comprometidos con la acción de dichas autoridades.

1.2.3. Los Organismos Descentralizados.

De conformidad con lo que establece el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, son organismos descentralizados las entidades creadas por la Ley o Decreto del Congreso de la Unión, o por Decreto Presidencial, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cualquiera que sea la estructura que adopten.

Los organismos descentralizados cuenta con tres tipos de órganos fundamentales: de gobierno, de administración general y representación y los de vigilancia. Desde luego que los organismos descentralizados constituyen un organismo encargado de realizar atribuciones que al Estado corresponden.

El organismo descentralizado tiene, de conformidad con lo que establece la legislación, una personalidad jurídica, que se crea por una

Ley del Congreso de la Unión o por Decreto Presidencial. En el artículo 90 constitucional se establece que el Congreso fijará las bases generales de creación de estos organismos. En cuanto a la autoridad que se faculta para otorgar la personalidad que crea la duda ya que el Ejecutivo Federal de acuerdo con nuestra tradición jurídica, la personalidad moral sólo puede otorgarse por una Ley del Congreso y no por disposición del Ejecutivo.

También surge la cuestión de determinar si el Ejecutivo tiene facultades legales para constituir el patrimonio del organismo descentralizado cuando al crearlo destina fondos públicos, pues debe tenerse presente que tal disposición sólo puede autorizarse en el presupuesto de egresos o en ley posterior según el artículo 126 de la Constitución Federal.

De la misma manera que la creación constituye un acto que emana del Estado, la resolución de extinción debe tener el mismo origen. En el artículo 14 de la Ley respectiva determina que la extinción o liquidación del organismo deberá ser resuelta por el Presidente de la República cuando no cumpla sus fines u objeto o cuyo funcionamiento no sea ya conveniente para la economía o interés nacionales. Para el caso de extinción la Ley General de Bienes Nacionales considera que pasan a formar parte del dominio privado de la Federación, todos los bienes que haya formado parte del organismo descentralizado que se extinga, en la parte que corresponda a la Federación.

1.3. Los Actos Administrativos.

1.3.1.- Definición y Clasificación de los actos administrativos.

Los múltiples y complejos fines del Estado lo obligan a la celebración de numerosos actos jurídicos de derecho público y privado, requiriendo la colaboración de los particulares y los de otros entes públicos y aun imponiendo determinadas prestaciones personales obligatorias para hacer más eficiente la acción de la Administración Pública.

El Estado al actuar unilateralmente impone su autoridad suprema para obtener los medios necesarios para la realización de sus fines. Es una forma del ejercicio del poder de mando como en los casos del impuesto, la expropiación por causa de utilidad pública, la requisición, el decomiso, las situaciones previstas en la ley sobre atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica y otras leyes administrativas que establecen una contribución obligatoria de bienes a la Administración Pública. El acto administrativo se caracteriza por una declaración unilateral de la administración.

El concepto del acto administrativo. Los actos que emanan de la Administración Pública tienen valor formal de actos administrativos. Pero es importante hacer notar que no todos los actos que realiza la administración responden a una categoría jurídica única. Han sido trascendentales las opiniones que algunos tratadistas del derecho y que a continuación se anotarán algunas de ellas.

Del doble punto de vista en la opinión de Villary, descubre este autor dos direcciones en la definición de acto administrativo. 1.- Puede ante todo definirse el acto administrativo por sus elementos materiales. El

acto administrativo se presenta entonces como un acto no contencioso de ámbito individual, oponiéndose por estos dos caracteres a la ley, acto general y al acto jurisdiccional, acto contencioso. Esta definición esta lejos de ser universalmente aceptada es inutilizable en Derecho positivo. Conduce, en efecto a cualificar de actos administrativos las leyes de ámbito individual y los actos no contenciosos adoptados por las autoridades judiciales, sin tener en cuenta la diferencia de régimen jurídico existente entre estos diferentes actos. 2.- Se puede también definir el acto administrativo por sus elementos formales. Es entonces el acto realizado por un órgano del Estado cualificado por nuestro sistema jurídico como órgano administrativo.⁵

García Oviedo, partiendo de que ni todo lo que hace la Administración es administrar, ni sólo la Administración administra, entiende que procede huir de la concepción formalista y penetrar en la sustancia de la cosa. De aquí una declaración especial de voluntad de un órgano público, preferentemente de un órgano administrativo para la satisfacción de un interés administrativo. Con lo que se excluyen también los actos de gestión. La definición se traiciona cuando después entra en las clasificaciones, pues como no podía ser menos, todas quedan referidas a actos de la administración.⁶

Royo Villanova, define así al acto administrativo: "Un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo, por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance afecta positiva o negativamente a los derechos administrativos de las

⁵ Manuel María Díez, Acto Administrativo, Edit. Argentina 1990 p.37

⁶ Ibidem, pp. 40-42

personas individuales o colectivas que se relacionan con la Administración Pública.”⁷

M. María Díez, considera que acto administrativo puro es el que es tanto desde el punto de vista formal como material. Señala que el acto administrativo puro es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la Administración activa en ejercicio de la potestad administrativa. A los actos emanados de órganos administrativos, pero que no reúnen estos caracteres materiales, los llama “actos de la Administración”.⁸

Para Caetano es un acto administrativo una conducta voluntaria de un órgano de la Administración en el ejercicio de un poder público, de donde resulta la aplicación de normas jurídicas de un caso concreto. Por consiguiente, se excluyen: 1.- Los hechos no tienen carácter voluntario o que no implica aplicación de normas a casos concretos como las operaciones administrativas. 2.- Las leyes, los reglamentos y los actos que se limitan a enunciar principios doctrinales u opiniones.

El acto administrativo es un acto que es realizado por la Administración Pública, que tiende a producir un efecto de derecho, de forma unilateral y ejecutiva, con la intención de que se cumplan los fines del Estado contenidos en la legislación administrativa.

Por tal virtud el acto administrativo se considera formalmente como el acto legítimamente realizado por la Administración Pública y

⁷ Idem pág.70

⁸ Idem pág.77

materialmente como el acto que limita sus efectos o situaciones jurídicas concretas o particulares.

Serra Rojas en su definición nos señala:

- El acto administrativo es un acto jurídico, de derecho público que emana de la Administración Pública y sometido al derecho administrativo.
- Su naturaleza no normativa, resultado de distinguir los actos administrativos y las normas jurídicas. La norma administrativa mantiene su vigencia hasta que sea derogada, en tanto que el acto administrativo se ajusta con su cumplimiento. Guardan estrecha vinculación, pero actos y normas, obedecen a diverso régimen jurídico.
- Es una decisión ejecutoria y no contenciosa.
- Es una declaración que emana de una autoridad administrativa unitaria o colegiada, en el ejercicio de su función administrativa.
- Unilateral, ejecutivo y oportuna que produce una situación jurídica concreta.
- La administración crea, reconoce, modifica, trasmite o extingue una situación jurídica subjetiva.
- Se propone la satisfacción de un interés general en ejercicio de la función administrativa.⁹

Clasificación de los actos administrativos.

Los actos administrativos tienen características muy diversas, por ello los tratadistas los han agrupado en razón de las características que

⁹ Serra Rojas Andrés, Derecho Administrativo I, México 1985, pp.222,223.

les son comunes. Los criterios fundamentales que se han tomado como base son: su ámbito de aplicación, la naturaleza de la decisión, sujetos que intervienen en su elaboración, el margen de libertad para su creación, los efectos que producen en la esfera jurídica de los administrados, los que hacen constar por el órgano que lo emite, en cuanto a la forma de expresión y de acuerdo con el sujeto a que se refiere el acto.

En cuanto a su ámbito de aplicación, se clasifican en internos y externos. Se considera actos administrativos internos aquellos cuya existencia sólo se manifiesta dentro de la propia administración, por lo que no pueden producir efectos respecto de los particulares, como la orden de un superior de un inferior jerárquico a la imposición de una sanción disciplinaria a un servidor público. Los actos administrativos externos trascienden la esfera de la administración, pues van dirigidos a los particulares, como puede ser una licencia, una multa, una concesión, etc.

Respecto de los sujetos que intervienen en su elaboración, pueden ser simples o complejos. Un acto simple es aquel que es emitido por un solo órgano, sin importar que sean varias las personas que hayan participado en la preparación del acto. Los actos complejos o colectivos se emiten por la concurrencia de diferentes órganos de la Administración Pública, identificados respecto de una misma materia y un mismo fin, como puede ser un acuerdo de gabinete, en que concurren diferentes titulares de dependencias o un decreto del Ejecutivo en el que se conjuntan las voluntades del Presidente de la República y de los titulares de las Dependencias. Otro acto complejo o colectivo es el acto-uniión, en el cual participan diferentes sujetos, que aunque intervienen

respecto de la misma materia, el fin que cada uno persigue es diferente, como sucede en el nombramiento de servidor público.

En cuanto al margen de libertad para su creación, los actos administrativos se clasifican en reglados y discrecionales. Los actos reglados son aquellos que la autoridad debe emitir necesariamente, cuando se dan los supuestos que la norma establece, sobre su pronunciamiento, a diferencia de los discrecionales, en los que la autoridad tiene la libre apreciación de los elementos para determinar su emisión o no.

En cuanto a los efectos que producen en la esfera jurídica de los administrados, se clasifican en actos que aumentan los derechos de los particulares y actos que los limitan.

Los actos administrativos que aumentan los derechos de los particulares son:

- a) La concesión. Es el acto por el cual se otorga el derecho a un sujeto para el uso o explotación de bienes del estado, y para la prestación de un servicio público o la realización de una obra pública, lo cual implica la adquisición de derechos que antes no se tenían.
- b) La autorización, licencia o permiso. Acto en razón de la cual la administración autoriza el ejercicio de un derecho pre-existente, que ha sido limitado por razones de seguridad, tranquilidad u oportunidad y que una vez que constata que se satisfacen los requisitos establecidos para su ejercicio, la autoridad lo autoriza. Así tenemos las licencias de construcción, de manejo, etc.

- c) La dispensa. Es el acto por medio del cual se autoriza a los sujetos para no cumplir con una obligación o una carga que tenía establecida, como en el caso de las exenciones fiscales, la dispensa de las garantías del interés fiscal, de cumplir con el servicio militar, etc.
- d) La admisión. Es el acto por el cual se autoriza el ingreso de un sujeto a un servicio de salud, etc. unos ejemplos son:
- Las Ordenes
 - Los actos traslativos de derechos.
 - La sanción

En cuanto a lo que hace constar, se señalan de la manera siguiente: Certificaciones, registros, notificaciones y publicaciones.

En cuanto al órgano que lo emite, los actos administrativos se clasifican en: unipersonales y colegiados. Los primeros son aquellos que provienen de un órgano integrado por un sujeto. En cambio, los segundos se presentan cuando el órgano esta compuesto por una pluralidad de individuos.

Tomando en cuenta la forma en que se expresa o se exterioriza el acto administrativo, éste puede ser expreso, tácito o presunto, tal y como ya quedó establecido al estudiar la forma de exteriorización del acto administrativo.

En cuanto al sujeto a que se refiere. Desde este punto de vista, los actos administrativos pueden ser: singulares o plurales. Son singulares los actos dirigidos a un sujeto determinado, por ejemplo, la imposición de una sanción, el nombramiento de un servidor público. Etc.

Son plurales aquellos actos destinados a sujetos indeterminados pero identificados o identificables, como es el caso de una convocatoria para una licitación pública.

1.3.2. Elementos del Acto Administrativo.

A continuación señalamos como elementos del acto administrativo, los siguientes: sujeto, voluntad, objeto, motivo, finalidad, forma y oportunidad y mérito.

A su vez los elementos antes mencionados se han clasificado en dos grupos los cuales son: elementos de forma y elementos de fondo. En los primeros se incluye el sujeto y forma y en los segundos voluntad, objeto, motivo fin o finalidades y oportunidad o mérito.

Sujeto. El sujeto en el acto administrativo es el órgano que, en representación del Estado, formula la declaración de voluntad. Dicho órgano cuenta con una competencia, la cual constituye el conjunto de facultades del mismo. La competencia es la cantidad de Poder público que tiene un órgano para dictar un acto. No es una cualidad, sino una cantidad. Así el órgano únicamente ejerce la potestad pública o poder del Estado que se encuentra en su competencia. Hay, en los actos administrativos, una persona física que formula la declaración de voluntad, persona que se encuentra investida de poderes públicos y, precisamente, por esa característica no expresa su voluntad particular, sino ejercita el poder de su investidura.

Voluntad. La declaración de voluntad es elemento del acto jurídico, ya que el efecto jurídico es deseado por el sujeto administrativo

es una incorrección, porque el órgano no la tiene. La causa creadora del acto se encuentra en una norma y se justifica por su validez. Todo acto administrativo se forma con una conducta voluntaria realizada dentro de normas legales por el titular investido de las funciones del órgano, sin estar viciada en alguna forma por ello, es elemento del mismo la declaración de la voluntad. Ella debe estar exenta de error, dolo o violencia.

Objeto. Se identifica con el contenido del acto, es en lo que consiste la declaración administrativa, indica la sustancia del acto jurídico y sirve para distinguir un acto de otro: multa, concesión, requisa etc.

Motivo. El motivo del acto administrativo es el antecedente que lo provoca y funda.

Son circunstancias de hecho y no de derecho en virtud de las cuales la autoridad administrativa exterioriza el acto.

La motivación se hace patente en los actos escritos, no existiendo la necesidad de motivar el acto entre otros, en los de carácter estrictamente militar.

Finalidad. El acto administrativo debe tener el fin propio de la función administrativa, que es la utilidad pública. De ese modo no puede perseguir sino un fin de interés público, no una finalidad extraña a la que marca la ley, y tampoco otro fin distinto de aquel concreto que la naturaleza y condiciones del acto imponen.

Forma. Es la materialización del acto administrativo, el modo de expresión de la declaración ya formada. Por la forma del acto administrativo se convierte en físico y objetivo.

Oportunidad de mérito. Se ha considerado, debido a los tratadistas italianos, al mérito como elemento del acto administrativo, entendido como la adecuación necesaria de medios para lograr los fines públicos específicos que el acto administrativo de que se trate tiende a lograr. También se entiende por mérito, la conveniencia y oportunidad del mismo: es decir, su adaptación a la obtención del fin específico que con la emanación del acto se pretende obtener.

El elemento mérito se observa, fundamentalmente en los actos administrativos dictados en una competencia discrecional, en que la administración necesita señalar qué debe hacerse, cómo y cuándo debe hacerse. La falta de apreciación correcta de las consecuencias produce vicio de mérito el que se nota con mayor claridad en estos actos, sin que este elemento sea exclusivamente de ellos.

1.4.- Concesión Administrativa.

1.4.1. Antecedentes.

Epoca de la Nueva España.

Los orígenes de la concesión, eran privilegios que otorgaban los soberanos para premiar a sus servidores, por servicios recibidos; que consistían en otorgarles ciertas partes del territorio, así se decía concesiones territoriales. De igual manera existían concesiones de comercio y aun para regular ciertos aspectos administrativos y hasta judiciales.

En España se hizo la concesión minera allá por los territorios coloniales. Así encontramos disposiciones legales que regulan la materia minera y que fueron aplicables a la Nueva España, la primera fue la Cédula 9 de diciembre de 1526, que fue expedida en Granada, por Felipe II y que reconocía que el dominio de la superficie no implicaba el dominio de la veta o del subsuelo y se concedía su explotación a los particulares, sin perjuicio del dominio radical y directo de la corona.

El 10 de enero de 1559, expedido por la Princesa Doña Juana, una ley de minas, anulando las antiguas e incorporando las minas de oro, plata, azoque a la corona cuando no se hubiesen trabajado.

El 7 de marzo de 1563, se expidieron las ordenanzas de minas, llamadas del antiguo cuaderno y posteriormente, el 22 de agosto de 1584 se expidieron otras ordenanzas llamadas de nuevo cuaderno, que constituyen una verdadera cualificación sobre las minas y que perfilan principios que después observaremos en la concesión minera.

El 22 de mayo de 1783, fueron expedidas las ordenanzas de Aranjuez, que hablaban del dominio radical de las minas y de su concesión a los particulares y del derecho que por esto deben pagar. Dichas ordenanzas rigieron hasta el México independiente que llega al Código de Minería el 22 de noviembre de 1884.

México Independiente.

En el comienzo de nuestra vida independiente en el siglo XIX, la administración pública celebró diversos contratos con relación a los servicios públicos y en ellos se establecieron condiciones financieras, tarifas y otros. En los Estados Unidos Mexicanos, el 24 de julio 1857, en

materia bancaria, se celebró el contrato-concesión para establecer el Banco de México, el Banco de Londres y México en 1881, el Banco Nacional Mexicano en el Banco Mercantil Agrícola e Hipotecario el 18 de febrero de 1882 en 1883 el Banco de Empleados.

En materia de energía eléctrica se celebró el contrato-concesión de Necaxa, se traspasó posteriormente éste con aprobación del Congreso de la Unión, el 24 de marzo de 1903 a la Compañía de Luz y Fuerza del Centro 1895.

Consecuentemente se celebraron otros contratos concesión en materia de vapor, gas, ferrocarriles, nuevos ferrocarriles, petróleo y otros.

A través del tiempo se ha ido reformando la Constitución de México, a efecto de no otorgar concesiones en varias materias y el sector público desarrollará lo que se señala en el artículo 25 constitucional como áreas estratégicas.

(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O. 28 DE JUNIO DE 1999)

Art. 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.¹⁰

¹⁰ D.O.F. 28 de junio de 1999.

(REFORMADO, D.O. 3 DE FEBRERO DE 1983)

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.¹¹

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.¹²

(REFORMADO, D.O. 3 DE FEBRERO DE 1983)

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el Artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.¹³

(REFORMADO, D.O. 3 DE FEBRERO DE 1983)

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.¹⁴

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y

¹¹ D.O.F. 3 de febrero de 1983

¹² Ibidem.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.¹⁵

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

De igual manera las áreas estratégicas están señaladas en el artículo 28 de la Constitución Mexicana párrafos 4 y 5 que dicen:

(REFORMADO, D.O. 3 DE FEBRERO DE 1983)

Art. 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.¹⁶

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos,

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

telégrafos y radiotelegrafía; **petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica;** minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.¹⁷

El Estado **contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo** y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

¹⁷ D.O.F. 2 de marzo de 1995.

Concepto de concesión

La concesión es un acto administrativo discrecional por medio del cual la Administración Pública Federal, confiere a una persona, una condición o poder jurídico, para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial.

La concesión administrativa es un procedimiento discrecional eficaz dentro de la estructura de la sociedad moderna, para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de bienes federales que el Estado no está en condiciones de desarrollar por su incapacidad económica, o porque así lo estima útil o conveniente, o se lo impide su propia organización.¹⁸

1.4.2.- Naturaleza jurídica de la concesión administrativa.

La legislación administrativa mexicana no ha sido muy precisa en el empleo del término concesión administrativa, pues hace referencia a numerosos actos administrativos, algunos de los cuales no deben llamarse, propiamente hablando, concesión.

Hay cierta imprecisión para fijar su naturaleza jurídica; hay quienes afirman que se trata de contratos y un sector importante de la doctrina estima que se trata de un acto mixto, que tiene una parte de contrato, otra de acto administrativo y una parte de acto reglamentario.

¹⁸ Serra Rojas Andrés, Derecho Administrativo II, Editorial Porrúa, Décima Tercera Edición, México, 1985. p. 269.

Teoría del contrato administrativo.

La teoría de un contrato administrativo considera que la concesión se produce a través de un acuerdo de voluntades: la del Estado, que otorga el derecho para la prestación del servicio público o para el uso, aprovechamiento o explotación de sus bienes, y la del particular, que se obliga a cumplir las conductas que el contrato le impone, y adquiere los derechos y cobrar por la prestación del servicio o de aprovechar el bien del Estado.

La teoría que sostiene la naturaleza jurídica de la concesión como un contrato de derecho privado, así como la que niega la existencia de los contratos administrativos, actualmente se encuentra ampliamente superada, en tanto que la mayoría de los tratadistas estiman la existencia de los contratos de derecho público, y por tanto, se considera que la concesión tiene dicha naturaleza.

Teoría de acto administrativo.

La teoría del acto administrativo se funda en la potestad del Estado para otorgar los derechos, de manera unilateral, al particular que le asegure el cumplimiento de los fines, los cuales no pueden negociarse, ni pueden otorgarse derechos sobre él.

Por tal motivo la concesión es considerada un acto administrativo, al emanar de un órgano administrativo, que por su naturaleza se concreta a una declaración de voluntad especial y por su alcance afecta positiva o negativamente a los derechos administrativos de los gobernados, individual o colectivamente considerados.

Teoría del acto mixto

Se considera que la concesión participa de las dos características anteriores, ya que por una parte existe la decisión unilateral del Estado para su otorgamiento, por lo que su establecimiento y funcionamiento se rige por disposiciones legales y, por la otra, que hay un acuerdo de voluntades respecto de algunos de sus elementos, como las tarifas.

Legislación de la concesión

De acuerdo con los aspectos constitucionales a que se ha hecho referencia, el otorgamiento y funcionamiento de las concesiones deben estar determinados en la ley, toda vez que el ejercicio de los derechos del Estado, por los particulares, no pueden quedar al arbitrio de las partes, ya que se trata de aspectos de interés público.

La regulación de la concesión en nuestro país ha quedado establecida en diferentes ordenamientos legales, lo cual ha traído como consecuencia falta de uniformidad en su tratamiento, puesto que cada ley dispone diferentes procedimientos, requisitos, plazos, derechos y obligaciones.

1. Ley de Navegación y Comercio Marítimos.
2. Ley de Vías Generales de Comunicación.
3. Ley de Aguas Nacionales
4. Ley Minera.
5. Ley General de Educación.
6. Ley de Puertos.
7. Ley General de Bienes Nacionales.
8. Ley Federal de Radio y Televisión.
9. Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

10. Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal.

11. Ley de Navegación.

12. Ley de Inversión Extranjera.

Sin embargo, hay que tomar en consideración que la naturaleza de la concesión no deriva de la denominación que se le dé, sino de su contenido, atendiendo a los derechos inherentes a la misma, así, si tal acto está otorgando al gobernado un derecho público subjetivo para la explotación de la materia que comprende el mismo, es indiscutible que estamos en presencia de una concesión administrativa, con independencia de la denominación que la ley o la autoridad administrativa den al acto.

Tipo de concesiones

De acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución y en las leyes que se derivan, las concesiones pueden ser de servicio público, para el uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público de la Federación; y de obra pública, esta última contemplada en diversas leyes administrativas.

CAPITULO SEGUNDO

PETROLEOS MEXICANOS

PETROLEOS MEXICANOS

2.1. PEMEX, como Organo Descentralizado y sus características.

2.1.1. PEMEX y su historia.

En el año de 1937 como consecuencia de la huelga planteada por los diversos sindicatos de trabajadores al servicio de las Compañías del Petróleo, el Ejecutivo Federal, el señor Presidente Lázaro Cárdenas, se vio en la necesidad de defender los intereses de los trabajadores, por tal razón intervino como conciliador entre las partes.

El laudo dictado por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje el 18 de diciembre de 1937, y toda vez que las empresas petroleras manifestaron su negativa a aceptar el laudo pronunciado no obstante, de haber sido reconocida su constitucionalidad por ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tras la negativa de las Compañías Petroleras, el Ejecutivo Federal dictó un decreto de expropiación petrolera en marzo de 1938 debidamente fundado y motivado, dicho decreto, por el cual surge Pemex, ahora como un Organismo Descetralizado fundado en los preceptos legales constitucionales.¹⁹

¹⁹ Secretaría de la Economía Nacional, Departamento del Petróleo; Legislación Petrolera. Leyes, Decretos y Disposiciones Administrativas referentes a la Industria del Petróleo. México, 1939, Volumen XVIII, p.5.

2.1.2. La Expropiación Petrolera.

En el año de 1938, que el Presidente de México, decretó la expropiación petrolera, por las razones antes expuestas, contando con el apoyo de los trabajadores mexicanos, el Presidente, tomó las instalaciones para reactivar la industria, creando el Instituto Mexicano del Petróleo.

El Decreto de Expropiación Petrolera, fue promulgado en el año de 1938, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo segundo de la fracción VI del artículo 27 Constitucional y así como en los artículos 1º, fracciones V, VII y X, 4, 8, 10 y 20 de la Ley de Expropiación de 23 de noviembre de 1935. En dicho Decreto en su artículo primero se declaran expropiados por causa de utilidad pública y a favor de la Nación, la maquinaria, instalaciones, edificios, oleoductos, refinerías, tanques de almacenamiento, vías de comunicación, carrostanque, estaciones de distribución, embarcaciones y todos los demás bienes muebles e inmuebles propiedad de las compañías petroleras. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público haría la correspondiente indemnización a las compañías expropiadas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 de la Constitución y 10 y 20 de la Ley de Expropiación.²⁰

La actividad petrolera ha estado ligada muy estrechamente, a los movimientos sociales y políticos del país a través de distintas épocas, y desde luego ha tenido una relevancia vital en su evolución económica. Apenas es preciso decir que la expropiación de la industria, ocurrida

²⁰ Ibidem, pp. 7 y 8

poco después de la nacionalización de los ferrocarriles es la acción más significativa y elocuente de un país decidido a definir sus recursos naturales y su libre destino ante la fuerte penetración de los intereses del exterior.

Cabe mencionar que en el considerando primero, se manifiesta que la transformación industrial del país exige imperativamente estar al día en materia de tecnología para acrecentar el rendimiento de la industria nacional; asimismo, el considerando segundo, dice que para el gobierno la meta es alcanzar un nivel superior, toda vez que aumenta rápidamente la fuerza de trabajo general, por tal razón es necesario relacionar los planes educacionales con la política de empleo a fin de aproximar la demanda y oferta de mano de obra calificada y semicalificada.

Dicho decreto en su considerando tercero habla de que Petróleos Mexicanos, constituye una empresa estatal, y siendo las industrias petrolera y petroquímica de aquellas ramas de la actividad productiva en la que con mayor rapidez se presenta la innovación tecnológica y se exige un mayor saber técnico y una mayor capacitación; por estas razones, Petróleos Mexicanos constituye una empresa estatal, siendo las industrias petrolera y petroquímica de aquellas ramas de la actividad productiva con mayor número de puestos, por lo que resulta conveniente y útil la formación de investigadores, profesionistas y técnicos en esas diversas especialidades.

Por lo considerado anteriormente se expide el presente Decreto a los veintitrés días de agosto de 1965, y en su artículo primero se establece claramente que se crea el Instituto Mexicano de Petróleo

como Organismo Descetralizado de interés público y de carácter preponderantemente técnico, educativo y cultural, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

En su segundo artículo nos da claramente los fines que desarrollará el Instituto Mexicano de Petróleo como un Organismo Descetralizado, que son los que a continuación se mencionan:

a).- La investigación científica básica y aplicada.

b).- El desarrollo de disciplinas de investigación básica y aplicada.

c).- La formación de investigadores.

d).- La difusión de los desarrollos científicos y su aplicación en la técnica petrolera.

e).- La capacitación de personal obrero que pueda desempeñar labores en el nivel subprofesional, dentro de las industrias petrolera, petroquímica básica, petroquímica derivada y química.

2.1.3.- Pemex Organismo Descetralizado.

PETROLEOS MEXICANOS, es un organismo descentralizado el cual fue creado por un acto legislativo, o sea Ley del Congreso de la Unión, Decreto del Ejecutivo.²¹

El artículo 1º de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de 7 de junio de 1938. Es un organismo público descentralizado del Gobierno Federal, de carácter técnico, industrial y

²¹ Acosta Romero Miguel, ob. cit. p. 303.

comercial, con personalidad jurídica y patrimonios propios, y con domicilio en la Ciudad de México.

Hablar de que cuenta con patrimonio propio, es otra de las características de un organismo descentralizado, en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, se establece que: "En todos los actos, convenios y contratos en que intervenga Petróleos Mexicanos, serán aplicables las leyes federales, y las controversias en que sea parte, cualquiera que sea su carácter, serán de la competencia exclusiva de los tribunales de la Federación. Asimismo que cuenta con personalidad jurídica, que se crea por una Ley del Congreso de la Unión o por Decreto Presidencial.

2.2. Nueva Legislación de Petróleos Mexicanos.

2.2.1. Surge el Instituto Mexicano del Petróleo.

Fue en el mes de marzo, pero 1938, que el entonces Presidente de México, Lázaro Cárdenas, decretó la expropiación petrolera, tras la negativa de las compañías extranjeras a aumentar los salarios y prestaciones a sus trabajadores. Con el apoyo de los trabajadores mexicanos el Presidente, tomó las instalaciones para reactivar la industria, creando el INSTITUTO MEXICANO DEL PETROLEO.

En el Diario Oficial del 7 de junio de 1938, se publica la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos. En su artículo 1º la presente Ley dice: "Es un organismo público descentralizado del Gobierno Federal, de

carácter técnico, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonios propios, y con domicilio en la Ciudad de México, D.F.²²

Con posterioridad el Lic. Gustavo Díaz Ordaz, considerando que la transformación industrial del país exige imperativamente estar al día en materia de tecnología para acrecentar el rendimiento de la industria nacional, el 23 de agosto de 1965 por Decreto se señala al INSTITUTO MEXICANO DEL PETROLEO, como un Organismo Descentralizado.

2.2.2. Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.

Ultima reforma al Diario Oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1993, la **Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.**

En su capítulo primero, en el apartado relativo a las disposiciones generales, el artículo primero manifiesta que es al Estado a quien corresponde realizar actividades en áreas exclusivas y estratégicas del petróleo, demás hidrocarburos y petroquímica básica, que ésta se llevará a cabo por Petróleos Mexicanos y sus Organismos Descentralizados Subsidiarios, bajo los términos de la presente Ley y la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo de Petróleo y sus reglamentos.

En su artículo segundo la Ley manifiesta:

- a) Pemex, y Organismos subsidiarios son descentralizados

²² D.O.F. 7 de junio de 1995.

- b) Personalidad Jurídica
- c) Patrimonio propio.
- d) Domicilio en la Ciudad de México.
- e) Como objeto, ejercer la conducción central y la dirección estratégica de todas las actividades que abarca la industria petrolera estatal en los términos de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en lo referente al Petróleo.

Posteriormente en el artículo Tercero, es la creación de los Organismos Descentralizados de carácter técnico, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonios propios,²³ mismos que tendrán los siguientes objetos:

- 1) Pemex-Exploración y Producción. Exploración y explotación de petróleo y el gas natural; su transporte, almacenamiento en terminales y comercialización;
- 2) Pemex-Refinación: Procesos industriales de la refinación; elaboración de productos petrolíferos y derivados del petróleo que sean susceptibles de servir como materia primas industriales básicas; almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de los productos y derivados.
- 3) Pemex-Gas y Petroquímica Básica: Procesamiento del gas natural, líquidos del gas natural y el gas artificial; almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de estos hidrocarburos, así como de derivados que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas; y

²³ Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.

- 4) Pemex-Petroquímica: procesos industriales petroquímicos cuyos productos no forman parte de la industria petroquímica básica, así como su almacenamiento, distribución y comercialización.

La creación de dichos Organismos Subsidiarios descentralizados cumple con sus características muy específicas y que Petróleos Mexicanos y dichos Organismos que han quedado descritos, estarán facultados para realizar las operaciones relacionadas directa o indirectamente con su objeto. Dichos organismos tendrán el carácter de subsidiarios con respecto de Petróleos Mexicanos, en los términos de esta Ley.

Otro punto de suma importancia es el que nos señala el artículo cuarto de la presente Ley, ya que es importante mencionar que Petróleos Mexicanos y sus organismos descentralizados, de acuerdo con sus respectivos objetivos, cuentan con la capacidad de celebrar con personas físicas o morales toda clase de actos, como pueden ser convenios, contratos y hasta suscribir títulos de crédito, manteniendo en exclusiva la propiedad y el control del Estado Mexicano sobre hidrocarburos, con sujeción a las disposiciones legales aplicables.

2.3 Pemex, crea un departamento encargado de otorgar Franquicias.

2.3.1. Pemex-Refinación y su organización.

En los capítulos anteriores hemos hecho un breve recorrido de cómo Pemex ha llegado a ser un organismo descentralizado junto con

sus organismos subsidiarios, por tal razón ahora pasaremos a un tema que va tomado de la mano ya que a Petróleos Mexicanos, también lo conforman cuatro organismo subsidiarios y uno de ellos es Pemex-Refinación, y que la nueva Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismo Subsidiarios en su artículo tercero en el primer párrafo inciso II, nos señala que las actividades de Pemex-Refinación son los procesos industriales de la refinación; elaboración de productos petrolíferos y de derivados del petróleo que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas; almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de los productos y derivados mencionados.

Asimismo, veremos a grosso modo como esta integrado el Organismo Subsidiario Pemex-Refinación, que cuenta con una Dirección General y ésta a su vez la forman seis Sub-direcciones las cuales son:

- 1) Planeación y Evaluación.
- 2) Finanzas y Administración.
- 3) Proyectos.
- 4) Producción.
- 5) Distribución y,
- 6) Comercial.**

La Subdirección Comercial cuenta con nueve Gerencias y una de estas es la **GERENCIA DE ESTACIONES DE SERVICIO**, que es la Gerencia que está destinada a realizar todas las actividades que se relacionan con las Estaciones de Servicio, y que crea El Programa de Modernización de Estaciones de Servicio, y la creación de la Franquicia Pemex, y que ésta ha causado un impacto muy favorable en la reconversión de las gasolineras existentes y en el establecimiento de

nuevas Estaciones de Servicio a lo largo del país en los últimos siete años, por tal razón el otorgamiento de LA FRANQUICIA PEMEX, esta bajo este Departamento.

En el Diario Oficial de la Federación de 19 de agosto de 1994, La Comisión Federal de Competencia celebra **Convenio de Coordinación** con Pemex-Refinación y en cumplimiento de éste, se presenta ante el público general el **"Programa simplificado para el establecimiento de nuevas estaciones de servicio"**.²⁴

2.4. Estaciones de Servicio "Gasolineras" otorgadas en Franquicia.

2.4.1. Estaciones de Servicio a la vanguardia.

Pemex-Refinación un organismo subsidiario de PEMEX, acorde con el Programa de Modernización de la Empresa Pública, se ha desarrollado en coordinación con la Comisión Federal de Competencia para beneficio del usuario el "Programa de Modernización de Estaciones de Servicio" cuyos objetivos básicos son los que a continuación se mencionan.

- a) Mejorar la calidad y proporcionar servicios adicionales a los usuarios de las Estaciones de Servicio.
- b) Incorporar la tecnología de punta y los equipos más modernos y eficientes que permitan una operación orientada a la seguridad, a la protección del medio

²⁴ D.O.F. 19 de agosto de 1994.

ambiente, a la protección civil y a la excelencia en el servicio y atención al cliente en las Estaciones de Servicio.

- c) Garantizar el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas que otorguen confianza y den seguridad a la población.
- d) Propiciar el establecimiento de nuevas Estaciones de Servicio que satisfagan el crecimiento de la demanda nacional de gasolina y diesel.

2.4.2. Estaciones de Servicio otorgadas en Franquicia; sus características y requisitos.

Pemex-Refinación se encuentra con la responsabilidad que Petróleos Mexicanos tiene con la sociedad, por tal razón se da a la tarea de realizar un programa que permita el desarrollo de un moderno sistema de comercialización de gasolina y diesel y que se denomina " La Franquicia Pemex."

La Franquicia Pemex se define como el sistema por el cual Pemex Refinación pone al alcance de las Estaciones de Servicio los procedimientos para desarrollar y diversificar su actividad comercial, mejorar las instalaciones y equipos de éstas, así como incrementar sus ganancias y elevar la calidad del servicio.

La Franquicia Pemex, tiene un carácter eminentemente comercial, cuyo objetivo es otorgar el uso de la marca PEMEX y cubrir el suministro y la distribución oportuna de combustible en volúmenes

suficientes en toda la República Mexicana a través de la Red Nacional de Estaciones de Servicio.²⁵

Las partes que intervienen en la Franquicia Pemex son:

- a) El Franquiciante, quien es Pemex Refinación y
- b) El Franquiciatario que es quien opera la Estación de Servicio.

Los bienes y servicios que considera la Franquicia Pemex para utilizarse o comercializarse en una Estación de Servicio han sido clasificados en básicos y complementarios.

Los bienes y servicios básicos comprenden: dispensarios de gasolina, tanques de almacenamiento, tuberías de doble pared, sistemas de recuperación de vapores, sistemas de medición y control, equipos periféricos, imagen institucional y excelencia en el servicio al cliente y otros.

Los bienes y servicios complementarios incluyen: tiendas de conveniencia, máquinas expendedoras de refrescos, alimentos y otros productos de consumo, llantas, baterías y refacciones, aceites y grasas lubricantes de Marca Pemex, aditivos y cosméticos para el automóvil, tarjetas de crédito y débito, vales de gasolina y en general aquellos bienes y servicios susceptibles de ser comercializados en una Estación de Servicio.

²⁵ Revista "Octanaje" Mayo-Junio 1996, p. 3.

La Franquicia Pemex, pretende alcanzar los siguientes objetivos:

- ✓ Mejorar las instalaciones y equipos de la Estación de Servicio.
- ✓ Cumplir con las políticas ecológicas establecidas por las autoridades competentes.
- ✓ Observar el puntual cumplimiento a las normas que exige Pemex Refinación a la Estaciones de Servicio en materia técnica, ecológica, de seguridad y operación, imagen institucional y servicio y atención al cliente con base en los estrictos principios y normas internacionales de aplicación universal.
- ✓ Diversificar y elevar continuamente la calidad de los servicios que se ofrecen al usuario.
- ✓ Desarrollar la capacidad empresarial del franquiciatario.
- ✓ Incrementar la rentabilidad de la Estación de Servicio franquiciada al establecer otros negocios adyacentes a ésta.

A continuación, conoceremos los requisitos que debe cubrir el interesado en la solicitud para construir y operar nuevas Estaciones de Servicio.

El interesado debe cumplir con los siguientes requisitos básicos:

1. Presentar original y una copia de la solicitud institucional, anotando los datos que se piden en dicho formato. El formato de solicitud puede obtenerse en los Centros de Trabajo de Pemex Refinación.
2. Ser de nacionalidad mexicana; para ello se debe presentar la siguiente documentación original:

- Si el solicitante es persona física:

Acta de nacimiento, certificada por el Registro Civil o Fedatario Público. o de ser el caso de carta de naturalización, esta debe ser certificada por Fedatario público o Pasaporte vigente.

- Si el solicitante es persona moral, además debe entregar.

Copia certificada por Fedatario Público e inscrita en el Registro Público de Comercio de la escritura constitutiva en la que se establezca.

3. Acreditar la legal posesión del predio propuesto para construir la Estación de Servicio, bajo cualquiera de las dos siguientes modalidades:

- Copia certificada de la escritura pública correspondiente, con inscripción en el Registro Público de la Propiedad o en su caso,
- Contrato de arrendamiento con una duración mínima de 5 años, ratificado ante el Notario Público.

La Constancia de Trámite que otorgue Pemex Refinación será cancelada unilateralmente sin mediar resolución judicial, conservando en su beneficio los pagos que haya efectuado el interesado, si se presenta una cualquiera de las siguientes condiciones:

- Cede de alguna manera, grava o permite a terceras personas el ejercicio de los derechos derivados de la Constancia de Trámite.
- Incumple cualquiera de las obligaciones establecidas en la Constancia de trámite.
- No concluye la construcción de la Estación de Servicio dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de inicio, salvo causa justificada a juicio de Pemex Refinación.

Requisitos a cumplir por los propietarios de nuevas Estaciones de Servicio antes de establecer relaciones comerciales con Pemex Refinación.

Una vez obtenida la Constancia de Trámite para la construcción y operación de una nueva Estación de Servicio, el interesado debe cubrir lo siguiente:

1. En un plazo no mayor de 30 días hábiles contados a partir de la recepción de la Constancia de Trámite, debe formular y someter a aprobación de Pemex-Refinación el anteproyecto correspondiente, el cual será aprobado en un plazo no mayor de 5 días hábiles. De no contar con respuesta por parte de Pemex Refinación se entenderá que está aprobado.
2. Una vez aprobado el anteproyecto el interesado debe formular el proyecto definitivo en un plazo no mayor de 60 días hábiles, contados a partir del pago de la cuota de incorporación a la Franquicia Pemex.
3. Aprobado el proyecto definitivo el interesado debe iniciar las obras en un plazo no mayor de 30 días y concluir éstas en un período no mayor de 180 días, salvo causa justificada a juicio de Pemex Refinación.
4. Durante la obra el interesado debe solicitar la visita de un técnico de Pemex Refinación antes de proceder a tapar y/o cubrir definitivamente tanques y tuberías, con el objeto de verificar que las instalaciones realizadas cumplen con lo dispuesto en las "Especificaciones Generales para Proyecto y Construcción de Estaciones de Servicio" vigente.
5. Concluida la obra, el interesado debe solicitar a Pemex Refinación se realice la inspección técnica final.

6. Si las instalaciones cumplen con el proyecto definitivo aprobado y con lo dispuesto en las "Especificaciones Generales para Proyecto y Construcción de Estaciones de Servicio" vigentes, el interesado suscribirá con Pemex Refinación los Contratos de Franquicia y de Suministro, lo cual tendrá verificativo en un lapso no mayor de 30 días posteriores a la realización de la inspección técnica final, previa entrega del comprobante que acredite el pago del concepto de posición de carga.
7. La entrega de combustibles se realizará en las próximas 72 horas hábiles después de haberse firmado los Contratos de Franquicia y de Suministro y el pago de dicha entrega será de contado.
8. Pemex-Refinación otorga un Crédito Real Revolvente (Cobranza Electrónica) por concepto de Suministro de Combustibles. Para disfrutar de este beneficio, el interesado debe presentar. 1) Fianza que lo garantice, cuyo monto y términos le serán indicados por el Centro de Trabajo de su adscripción, al momento de inicio de operaciones, previa firma de los Contratos de Franquicia y de Suministro; 2) Contrato de Apertura de Cuenta de Cheques para manejo exclusivo con Pemex-Refinación, con un banco afiliado al Sistema de Cobranza Electrónica de este Organismo y; 3) firmar el Contrato de Crédito y un pagaré por el monto del crédito otorgado.

Causas de rechazo a la contratación de la operación de nuevas Estaciones de Servicio.

Pemex Refinación podrá rechazar la celebración de relaciones comerciales con las personas físicas y morales si se presentan las siguientes causas:

1. Si no se cubre el pago por concepto de Posición de Carga, mismo que asciende a \$8,500.00 + IVA por cada una de ellas que haya construido cuando se trate de zonas urbanas, carreteras, zonas especiales, zonas marinas turísticas y Miniestaciones de Servicio.
2. Si no construye en estricto apego a las "Especificaciones Generales para Proyecto y Construcción de Estaciones de Servicio" vigentes y a los planos aprobados por Pemex Refinación. En adición, los equipos, materiales y accesorios que se instalen en las Estaciones de Servicio podrán ser de cualquier marca comercial, con la exigencia de que cumplan o superen a lo indicado en las Especificaciones Técnicas de Pemex Refinación ya mencionadas.
3. Cuando él o los interesados, tratándose de persona moral hayan sido sentenciados por delitos contra la salud, patrimoniales o hayan incumplido compromisos o incurrido en prácticas comerciales fraudulentas, contra Petróleos Mexicanos sus Organismos Subsidiarios o contra el Público consumidor.
4. Cuando el solicitante de la contratación no sea el mismo a quien se otorgó la Constancia de Trámite.

Mecanismos de verificación a que se sujetarán las relaciones comerciales entre El Operador de una Estación de Servicio y Pemex Refinación.

Pemex Refinación formalizará las relaciones comerciales con los interesados mediante la celebración de dos contratos.

- A). CONTRATO DE FRANQUICIA
- B). CONTRATO DE SUMINSTRO

En dichos contratos se establecen derechos y obligaciones para quienes operan las Estaciones de Servicio y cuyo cumplimiento supervisa este Organismo bajo dos modalidades directamente con personal propio y por conducto de empresas especializadas contratadas para ello.

2.4.3 La FRANQUICIA PEMEX y sus fines.

La Franquicia Pemex es un concepto que se ha posesionado en las Estaciones de Servicio de la red a través de una imagen novedosa, donde el servicio, la calidad del trato y de nuestros productos, más y mejores opciones de atención al público, forman parte de un todo armónico e institucional.

El objetivo que se quiere cumplir es el que las Estaciones de Servicio, tengan una imagen uniforme y que se identifique fácilmente.

El Programa de Modernización de Estaciones de Servicio y la creación de la Franquicia Pemex han tenido un impacto muy favorable en la reconversión de las gasolineras existentes en el establecimiento de nuevas Estaciones de Servicio a lo largo del país en los últimos seis años, lo que ha permitido disminuir uno de los principales rezagos en el número de puntos de venta de combustibles y en el uso y aplicación de tecnologías de punta, en la ingeniería, construcción, equipamiento y operación de Estaciones de Servicio, que tenía nuestro país. Es por ello que Pemex Refinación, a través de la Franquicia Pemex, realiza una supervisión y revisión constante y permanente de los equipos y sistemas que componen las Estaciones de Servicio.

Actualmente, la Franquicia Pemex presenta una distribución regional acorde con el comportamiento económico de las distintas regiones del país, con la distribución espacial de su población y con las tendencias de crecimiento en la demanda de combustibles.

Las características más distintivas de un sistema de franquicia son:

- MISMA IMAGEN
- MISMOS PRODUCTOS
- ESTANDARIZACION DE CALIDAD, ATENCION Y SERVICIOS.
- INSTALACIONES SEMEJANTES.

Una vez explicado el concepto general de franquicia, se procede a desarrollar lo que es la propia Franquicia Pemex. Se da a conocer el programa de modernización de las Estaciones de Servicio para ubicarse en primer plano al nivel internacional, haciendo énfasis en la seguridad y protección del medio ambiente.

Se analizan también los elementos que conforman la Franquicia Pemex, así como sus necesidades de funcionamiento y operación, las acciones y compromisos de los empresarios gasolineros y de Pemex Refinación.

Dentro de las líneas de acción emprendidas por Petróleos Mexicanos, a efectos de fortalecer la imagen y por lo tanto sus alcances y desempeño en el ámbito comercial destaca entre otras el estudio realizado por importante empresa de consultoría internacional especializada en mercadotecnia, cuyo trabajo tiene como propósito el reposicionamiento de la marca Pemex en el contexto Internacional.

Pemex Refinación a través de la Franquicia Pemex tiene como objetivo vender productos o prestar servicios de manera uniforme, con una identidad única y distintiva acorde con la de Petróleos Mexicanos.

La Gerencia de Estaciones de Servicio busca en todo momento mantener una relación estrecha con los empresarios gasolineros, brindándoles la asesoría necesaria para que su negocio funcione de manera adecuada bajo los preceptos básicos de la Franquicia Pemex: Seguridad, Protección Ecológica, Imagen y Servicio.²⁶

²⁶ Revista "Octanaje" Noviembre-Diciembre de 1996.

CAPITULO TERCERO

LA FRANQUICIA

LA FRANQUICIA.

3.1. El origen.

3.1.1. La Edad Media.

Los orígenes más remotos de la Franquicia los podemos encontrar en la Edad Media, donde las autoridades gubernamentales y eclesiásticas otorgaban a determinados individuos facultades que originalmente les correspondían a ellas.

Es así como algunos gobernantes conceden el Derecho de mantener el orden civil, el impartir justicia y el cobrar y establecer ciertos impuestos, a cambio de lealtad y apoyo militar. Del mismo modo la Iglesia Católica solía otorgar un tipo de impuestos, los cuales se quedaban con un porcentaje de los mismos y entregaban el resto al Papa.²⁷

Sin embargo, este facultamiento, por llamarlo de alguna manera, evoluciona hacia lo que hoy se conoce como la concesión administrativa, la cual no obstante tener algunas similitudes con la franquicia, no es objeto del presente capítulo.

²⁷ Calvillo González Enrique, Franquicias: La Revolución de los 90's, Editorial Mc Graw Hill, México 1991. p. 32.

3.1.2. Evolución de la franquicia.

La franquicia, como la conocemos hoy en día, surge hasta hace relativamente poco tiempo.

El primer antecedente que encontramos es el de Singer Sewign Machine Company, empresa fabricante de máquinas de coser, la cual alrededor de 1850, se enfrentaba a un serio problema de distribución. El dilema de la empresa consistía en cómo distribuir su producto a nivel nacional, sin contar con un gran capital y en una época en que las ventas no eran buenas en virtud de lo innovador y poco conocido del producto.

Fue en 1851 que uno de sus representantes de ventas que operaba bajo comisión, logró vender su cuota de dos máquinas y además hizo una lista de personas interesadas en conocer el funcionamiento de las mismas. Este vendedor mandó pedir más máquinas, pero la casa matriz, por problemas de dinero, no pudo proporcionárselas ya que no tenía capital para fabricar las máquinas solicitadas. Probablemente las personas interesadas podrían haber comprado las máquinas si tan solo las hubieran visto trabajar.

En virtud de lo anterior, la compañía se vio en la necesidad de cambiar radicalmente su estructura básica de funcionamiento. A partir de ese momento, comenzó a cobrarle a sus vendedores en vez de pagarles, con lo cual eliminó su carga de asalariados y creó lo que hoy se podría denominar el primer sistema de franquiciatarios en los Estados Unidos de América. Por este sistema los franquiciatarios acordaron pagarle a Singer una cuota por el derecho de vender sus máquinas, las

que adquirían a un precio determinado y las vendían posteriormente con un sobreprecio, resolviendo así el problema de flujo de efectivo que afrontaba la compañía.

De esta manera se establece una relación de ventas entre un proveedor (franquiciante) y un distribuidor (franquiciatario) en la que el distribuidor adquiere cierta identidad de su proveedor, surgiendo así un primer tipo de franquicia, ahora conocida como franquicia de producto y marca ("product and trade name franchising").

Hubo otras empresas que adoptaron el sistema de franquiciatarios. Tal es el caso de General Motors, la cual, con la adopción del sistema de franquiciatarios, no tuvo que invertir en la compra de bienes raíces para establecer locales para la venta de automóviles y pudo dedicar recursos en la investigación y producción de vehículos, con lo cual General Motors obtuvo un gran crecimiento hasta convertirse en líder de la industria automotriz.

Asimismo, alrededor de 1930, las compañías petroleras que hasta entonces eran dueñas de la mayoría de las gasolineras, empezaron a autorizar a gasolineras independientes para vender su gasolina, lo cual dio lugar a una agresiva guerra de precios.

Es esta situación, la Standard Oil Co., por miedo a perder sus ganancias, optó por rentar sus estaciones a los administradores de las mismas, con lo que éstos se convirtieron en franquiciatarios y establecieron los precios generando sus propios ingresos, con los riesgos, beneficios y satisfacciones de un empresario. La Standard Oil dejó así de pagar salarios y prestaciones, que le resultaban muy

costosos y comenzó a cobrar rentas de gasolineras, las cuales se manejaban más eficientemente.

Otro gran precursor de las franquicias fue Coca-Cola. Esta empresa inmediatamente después de su fundación en 1886, creció lentamente ya que solamente se dedicó al establecimiento de una que otra fuente de sodas donde vendía su producto.

Mas tarde en 1899, dos inversionistas convencieron al presidente de la compañía de que les otorgara derechos para vender coca-cola en botellas en todo el territorio de los Estados Unidos de América, con la limitante de que estos nuevos productos no interfirieran con su negocio de fuentes de sodas. Es así como estos dos empresarios establecieron la primera embotelladora en el mundo, absorbiendo el 100% del costo de instalación y encargándose de su manejo a cambio de recibir el concentrado necesario para el producto y apoyo publicitario.

Conforme creció la demanda, los dos empresarios subfranquiciaron los derechos en distintas zonas geográficas, revendiendo el concentrado de Coca-cola a los subfranquiciatarios. Para 1919 existían ya 1000 embotelladoras de Coca-cola.

En el Common Law, las marcas eran consideradas en un principio como indicador del origen de un producto y como tal, no se explicaba el que, una marca fuere licenciada. Sin embargo, en los años 30's empieza a evolucionar un nuevo concepto de marca como indicador de calidad, explicándose entonces el hecho de licenciarla, siempre y cuando el dueño de la marca controlara la calidad de los bienes y servicios venidos bajo ésta. Este concepto se incluye en la Ley Federal de Marcas

de los Estados Unidos de América de 1946, conocida como el "Lanham act."

Entre 1950 y 1960 aumentaban rápidamente las franquicias de negocios de comida rápida, supermercados, hoteles y moteles; es así como por ejemplo Holiday Inn desarrolla una cadena de alrededor de 1400 hoteles en menos de 20 años.

En un principio, como se relata en los casos de Singer y General Motors, el franquiciante otorgaba al franquiciatario el uso y explotación de un nombre comercial o marca y se constituía como un proveedor exclusivo de los productos o servicios que distribuía o comercializaba el franquiciatario, adquiriendo el segundo cierta identidad del primero.

Posteriormente con la evolución de la figura y en virtud de las nuevas circunstancias, surge la franquicia de formato de negocio ("Business Format Franchising") en virtud de la cual se ofrece al franquiciatario no sólo la marca o nombre comercial, sino además todo el "Sistema Completo de Negocio". Mediante este sistema, el franquiciante otorga al franquiciatario en forma integral su nombre comercial y/o marcas, sus conocimientos y experiencias en la operación del negocio, y en general, la forma en que deberá conducirse y administrarse el mismo.²⁸

3.1.3. La franquicia "nuevo formato para hacer negocio".

²⁸ Ibidem, p. 26.

El caso más claro de la franquicia de forma de negocio es el caso de McDonald's, compañía pionera en la aplicación de este nuevo concepto. A continuación relataremos más detalladamente este interesante caso.

Todo principió con Ray Kroc, quien comienza su carrera como vendedor de una máquina llamada "multimixer" la cual servía para preparar hasta cinco malteadas al mismo tiempo.

En 1945, Kroc supo de un pequeño restaurante de hamburguesas en San Bernardino, California, que había ordenado ocho "Multimixers" para hacer 40 malteadas simultáneamente. Al descubrir Kroc este excelente negocio, se preguntó a que debía su éxito y encontró que éste se debía a tres situaciones principalmente:²⁹

- 1) La calidad permanente de sus productos por medio de un proceso muy eficiente aunado a un menú fijo, lo que se convertía en una comida confiable para el consumidor.
- 2) Baños limpios para los clientes y demás viajeros.
- 3) Ventanillas para la atención directa a clientes.

Analizando lo anterior, Kroc trató entonces de alentar a los hermanos McDonald, dueños del negocio, a que se expandieran, pensando en la cantidad de "Multimixers" que podría venderles. Fue así como éstos accedieron con la condición de que Kroc fuera el responsable

²⁹ Luxenmbert, Stan, *Roadside Empices, Now the chains Franchised America*, Viking Penguin Inc, New York, 1985, citado por González Calvillo. p. 38.

de comercializar las franquicias a cambio de la mitad de los ingresos que se obtuvieran.

3.2. Concepto y clasificación.

3.2.1. Definición.

El término franquicia, con el que se denomina al contrato objeto de este estudio, proviene de una traducción literal del vocablo inglés "franchise". El diccionario de términos legales inglés español de Louis Roob traduce bajo la voz "franquicia" el siguiente concepto: "privilegio, patente, concesión social, derecho de votar, franquicia del voto, porcentaje mínimo de responsabilidad del asegurado; y en materia aduanera o fiscal, impuesto de privilegio o patente sobre concesión, derecho de licencia."

Por otro lado el Black's Law Dictionary define a la palabra "franchise" como "un privilegio otorgado o vendido, tal y como el que se da para utilizar un nombre o para vender productos o servicios. El derecho que concede un fabricante o un proveedor o un minorista para utilizar un nombre en sus productos y su nombre en los términos y condiciones que mutuamente acuerden."

En el sentido más llano, una franquicia es una licencia del propietario de una marca o nombre comercial mediante la cual permite que otro venda un producto o servicio bajo ese nombre o marca. En un sentido más amplio es un contrato al amparo del cual la persona a favor de quien se otorga (franchise) se compromete a manejar un negocio o

vender un producto o servicio con apego a los métodos y procedimientos que establezca el otorgante (franchisor) y el otorgante se compromete a dar asistencia a la persona a favor de quien se otorga la franquicia a través de publicidad, promoción y otros servicios de asesoría.

Sin embargo, en español la palabra franquicia tiene un significado que no se ajusta a lo que pretende incluir el contrato que lleva ese nombre. En efecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define "franquicia" como "libertad y exención que se concede para no pagar derecho por mercancías importadas o exportadas o por el aprovechamiento de un servicio público".

¿Qué es una franquicia desde el punto de vista de los negocios? Es un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquiciatario) se le concede a cambio de una contraprestación, el derecho a comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo a ciertas condiciones y prácticas establecidas del franquiciante y con su asistencia"

En el Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, en el artículo 23 se dice: "Se entenderá como un acuerdo de franquicia, aquel en que el proveedor, además de conceder el uso a autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmita conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica, en los términos de los incisos a), f), g) y h) del artículo 2º de la ley, con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y

administrativos del proveedor, independientemente de algún otro de los supuestos que marca el precepto ya citado."

"Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para el que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio o imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

El know how, cuya traducción literal es "saber como", o sea el tener conocimientos que permitan saber cómo hacer algo, generalmente se usa para abarcar procesos complicados y definidos cuyo valor radica en un grado de novedad y secreto, esto es, un conjunto de invenciones, procesos, fórmulas o diseños no patentados o no patentables, que incluyen experiencia y habilidad técnica acumulada, la que puede ser transmitida preferentemente o exclusivamente a través de servicios personales."³⁰

"Quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretende conceder, previamente a la colaboración del convenio respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta Ley". (Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).³¹

³⁰ Maldonado Calderón Sonia, Contrato de Franchising, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1994, p. 64.

³¹ D.O.F. 27 junio de 1991, Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

3.2.2. Características.

El Lic. Arce Gargollo nos da características de la franquicia, las cuales van a determinar dicha figura, "La franquicia aparece en economías desarrolladas en donde existen producciones de bienes y servicios en forma masiva, a gran escala y en la que los consumidores de estas mercancías y servicios exigen uniformidad en los bienes demandados. De este modo puede decirse que tres elementos destacan como básicos para que pueda darse el fenómeno de la franquicia: la marca, la uniformidad del producto o servicio y el pago del franquiciatario al franquiciante.³²

3.2.3. Clasificación.

Existe la clasificación que nos muestra el Lic. Javier Arce Gargollo, en su libro *El Contrato de Franquicia*, donde nos manifiesta que existen dos clases o subcategorías de lo que hoy se conoce como el sistema de franquicia, las cuales cuentan con sus propias características y sus áreas de negocio.

- a) Franquicia de producto y marca. Es una venta de relación entre un proveedor y un distribuidor en la que el distribuidor o comerciante adquiere cierta identidad de su proveedor.

³² Arce Gargollo Javier, El Contrato de Franquicia, Editorial Themis, México 1995, p.19.

- b) Franquicia para crear y explotar una negociación. Es la relación que surge entre franquiciante y franquiciatario por la que se incluye el producto, el servicio y la marca, el sistema de comercialización, los manuales de operación, procedimientos, programas de entrenamiento, apoyo de publicidad y asistencia y guía del franquiciante durante la operación y del desarrollo del negocio.³³

3.3. El contrato de franquicia.

3.3.1. El Contrato de Franquicia y sus características.

El contrato de franquicia es un contrato mercantil, principal, definitivo, bilateral, oneroso, conmutativo, atípico, consensual, de tracto sucesivo e intuitu personae.

- A. Es mercantil ya que se celebra entre comerciantes para explotar una empresa o para distribuir y revender productos.

La doctrina ha considerado diversos criterios para determinar en qué casos estamos frente a un contrato o acto mercantil.

- Una primera opinión señala que debe atenderse a la nota característica del fin, que debe ser de lucro.
- Otro criterio afirma que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la actividad empresarial. El concepto de

³³ Arce Gargollo Javier, El contrato de la Franquicia, pág. 26.

empresa debe entenderse en los mismos términos que el de "negociación mercantil" que, en nuestra doctrina, utiliza Mantilla.

- El maestro Joaquín Rodríguez afirma que el derecho mercantil "es el derecho de los actos en masa realizados por empresas". Y agregar al criterio anterior, que los actos celebrados por empresas poseen también las características de ser realizados en masa.
- Un criterio final de orden práctico nos dice que los contratos mercantiles "son aquellos que constituyen alguno de los actos de comercio enunciados por el artículo 75 del Código de Comercio" o cuando recaen sobre cosas mercantiles. En algunas de las fracciones de este precepto encontramos la palabra contrato (fracs. IV, XV, XVI, y XXII): otras, la suponen indirectamente (fracs. I, II, III, XIII y XVII).

Esta última postura se apoya en la propia legislación mercantil, que coloca a las normas de los contratos mercantiles en el libro segundo, titulado "De los actos de comercio y de los contratos mercantiles en general". La regulación de los contratos comerciales en particular se encuentra en el mismo libro de los actos de comercio.³⁴

De lo anteriormente expuesto se desprende que estamos ante un contrato mercantil desde cualquiera de los criterios antes señalados.

En efecto, si atendemos al primer criterio podemos decir que el contrato de franquicia es mercantil en virtud de que las partes buscan obtener un lucro, ya sea mediante la explotación del negocio o la venta de los productos franquiciados, en el caso del franquiciatario, o

³⁴ Código de Comercio.

mediante la concesión de determinados derechos y la enajenación de ciertos bienes y la prestación de algunos servicios en lo referente al franquiciante.

De acuerdo con el segundo criterio, podemos afirmar que el contrato de franquicia es mercantil debido a que, como se verá durante el desarrollo del presente trabajo, el contrato que estudiamos está cien por ciento vinculado con la actividad empresarial.

En relación con el criterio expuesto en tercer lugar debe decirse que en virtud del contrato de franquicia se realizan una serie de actos en masa como es la constante venta de productos o prestaciones de servicio según sea el caso.

Finalmente, de acuerdo con la última opinión, la cual consiste en un criterio objetivo, tendremos que el contrato de franquicia puede ubicarse en varios de los supuestos señalados por las fracciones del artículo 75 del Código de Comercio.

Tal es el caso del supuesto encuadrado en la fracción I, en virtud de que por la celebración del contrato de franquicia se enajenan con el propósito de especulación comercial el uso de marcas, tecnología y know how, los cuales son bienes muebles.

La importancia de distinguir las obligaciones y los contratos civiles y las obligaciones y los contratos mercantiles tiene, relevancia en nuestro régimen jurídico en virtud de que de acuerdo con nuestra Constitución, se asigna a la Federación la competencia para legislar en

materia de comercio (art. 73-X), mientras que la legislación civil se conserva como materia propia de los Estados.

El segundo motivo importante es la vía procesal para el caso de conflicto, que implica que las normas aplicables a cada proceso son diferentes. El juez competente en materia mercantil puede ser el juez federal así como el local, pues hay jurisdicción concurrente, y en materia civil lo será siempre el juez local.

Por último es importante esta distinción en virtud de que el perfeccionamiento en el consentimiento entre ausentes es diferente en los contratos mercantiles y en los civiles. En los primeros se perfecciona conforme a la teoría de la expedición (art. 80 del Código de Comercio), en tanto que en los contratos civiles se perfecciona conforme a la teoría de la recepción (art. 1807 del Código Civil) por otra parte, en los contratos mercantiles no cabe la lesión (art. 385 del Código de Comercio), que en cambio sí es posible en los contratos civiles (art. 17 del Código Civil).³⁵

- B. Es principal en contraposición a accesorio, ya que el contrato de franquicia no depende de otro contrato ni una obligación preexistente sino que tiene una autonomía jurídica propia.
- C. Es un contrato definitivo en contraposición a preparatorio ya que no es un contrato que sirva de preparación para otro.
- D. Es bilateral en virtud de que las partes se obligan recíprocamente en términos del artículo 1836 del Código Civil para el Distrito Federal (C.C.). Es decir que ambas partes son acreedoras y deudoras con

³⁵ Código Civil del D.F.

relación a la otra parte desde el momento de la celebración del mismo.

- E. Es oneroso ya que en el contrato de franquicia se estipulan provechos y gravámenes recíprocos tal y como se establece en el artículo 1837 del Código Civil para el D.F.³⁶

El contrato de franquicia trae grandes provechos para las dos partes ya que el franquiciante crece sin invertir, sin riesgo laboral y fiscal y con control sobre el franquiciatario y éste ingresa a un negocio probado con poco riesgo de fracasar, compra tecnología barata, recibe capacitación y su costo es variable en base a los resultados.

En efecto este contrato acarrea para las partes, entre otras las siguientes ventajas:

- a) Ventajas para el franquiciante: 1.- hacer crecer su negocio pues abarca nuevas áreas geográficas y nuevos establecimientos donde vende su producto o servicio, obtiene prestigio y se da a conocer su marca, la cual se vuelve más fuerte; 2.- crece con recursos de otros sin necesidad de invertir y además obtiene ingresos; 3.- el franquiciatario asume relación laboral con sus propios dependientes y empleados sin que exista la figura de intermediario, pues la relación con el franquiciante es contractual y de naturaleza mercantil y 4.- Se le da más difusión al negocio, y se reducen los gastos de publicidad.

³⁶ Código Civil del D.F.

b) Ventajas para el franquiciatario: 1.- invierte en un negocio probado, (recibe tecnología, y los conocimientos necesarios para explotar una negociación o vender productos o servicios con una marca o nombre comercial con cierto arraigo en el mercado; es una inversión más segura en términos generales que un negocio nuevo; 2.- recibe conocimientos técnicos y en general know-how desarrollado por otras personas con un costo de investigación y desarrollo que el franquiciatario difícilmente podría costear; 3.- participa de un sistema de administración, organización, ventas, publicidad y elementos de operación de la empresa que pertenece a una organización empresarial más desarrollada de la que recibe sus beneficios, 4.- el franquiciante le otorga capacitación e inspecciones periódicas, lo cual le ahorra costos; 5.- adquiere la experiencia del franquiciante; 6.- requiere de una inversión relativamente menor de la que se requeriría para abrir un nuevo negocio de la misma especie; 7.- los pagos de regalías normalmente están sujetos a los resultados de la negociación, con lo cual sólo se pagará esta contraprestación si se obtienen utilidades. Consiste en estar en el comercio para uno mismo pero no solo.

F. Es conmutativo en contraprestación a aleatorio, ya que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde el momento de celebración del contrato.

Cabe hacer notar que el decir que las prestaciones sean ciertas no implica el que sean determinadas, ya que en el contrato de franquicia generalmente, éstas son simplemente determinables en virtud de que el franquiciatario está obligado a pagar al franquiciante un porcentaje

de las utilidades o de los ingresos obtenidos por la explotación del negocio franquiciado, volviéndose la contraprestación determinada, hasta el momento en que se sabe cuánto se obtuvo de utilidades.

Podría pensarse que el contrato de franquicia es un contrato aleatorio en virtud de que las partes pueden ganar o perder en virtud de un acontecimiento incierto, tal y como podría ser el que el negocio franquiciado no tuviera aceptación y quebrara. Sin embargo hay que aclarar que, tal y como lo establece el maestro Ramón Sánchez Medal, para que se pueda hablar de un contrato aleatorio debe haber reciprocidad y alteridad entre la ganancia y pérdida de las partes; es decir que lo que pierde una parte lo gane la otra.

G. Es atípico ya que no está regulado en la legislación mexicana en cuanto a la relación de derecho privado entre las partes contratantes. La regulación que se da es meramente de carácter administrativo.

La regulación del contrato de franquicia en la Ley Federal de Protección a la Propiedad de la Industria no convierte al contrato de franquicia en una figura típica en el Derecho Mexicano, pues no regula al contrato en su relación de derecho privado entre las partes; dicha ley, no contiene normas supletorias de la voluntad de las partes ni regula los efectos que este negocio jurídico produce. La reglamentación contenida en la citada Ley es únicamente en el sentido de reconocer la existencia de la figura.

Como ya mencionamos anteriormente, hasta la fecha sólo existe un artículo en la legislación mexicana que se refiere a la franquicia, en el cual, como se dijo, además de dar una definición, establece solamente

la obligación del franquiciante de dar a conocer, previamente a la celebración del contrato, la información relativa al estado que guarde la empresa franquiciante y establece que para la inscripción de la franquicia serán aplicables las disposiciones del capítulo de licencia y transmisión de derechos de la citada ley.

De acuerdo con el maestro Díez Picazo: "Son contratos atípicos aquellos para los cuales no existe en la ley una disciplina normativa". La regulación del contrato típico supone, de acuerdo con el Lic. Arce Gargollo, la reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligatorio.

Los contratos atípicos como concepto negativo de los típicos son aquellos cuyo contenido no tienen regulación o disciplina en la legislación. Sin embargo, alguno de estos contratos, sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley o por la doctrina, lo cual los convierte en nominados.

Si aplicamos esta distinción entre nominados y típicos, podemos encontrar contratos que son atípicos, por no estar regulados en la ley positiva y que, sin embargo, están nombrados por alguna ley. Por tanto, de acuerdo con estas ideas dichos contratos son atípicos y nominados.

Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales. El primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz de acuerdo con el Derecho. El segundo consiste en determinar a falta de una normativa legal, cuál es la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y,

por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias.

La doctrina ha formulado tres teorías básicas acerca del criterio a seguir para determinar, especialmente en los contratos atípicos mixtos, las normas que les resultan aplicables para su interpretación y la integración de sus lagunas:

- a) Teoría de la absorción o de la observación. En los contratos atípicos debe determinarse cuál es la prestación o elemento preponderante, y aplicarles las normas del contrato típico al que pertenezca tal prestación o elemento preponderante. El negocio viene a ser absorbido en la figura del contrato típico que responde a dicha prestación. Para esta tesis no existen contratos atípicos.

Esta teoría no resuelve satisfactoriamente el problema de interpretación de los contratos atípicos, pues generalmente no es posible determinar con claridad cual es la prestación o elemento preponderante. Muchos actos jurídicos atípicos tienen como prestación más importante la que corresponde a dos o más contratos típicos, o varias prestaciones importantes.

- b) Teoría de la combinación. De acuerdo con esta tesis, cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas. El contrato atípico, en particular, debe desmenuzarse en sus prestaciones y encuadrar cada una dentro del contrato típico que corresponde. Las normas supletorias serán las de todos los contratos típicos a los que

pertenezcan los elementos o prestaciones que componen a la figura atípica.

- c) Teoría de la analogía. Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico son las del contrato típico con el que tenga mayor analogía. Esta es la tesis que recoge nuestro Código Civil en el artículo 1858.
- d) Por otro lado, la teoría de Ennecerus ha dicho que el intérprete debe atenerse, en cada caso, a los intereses de las partes del contrato atípico. Si el fin que persiguen las partes no puede ser alcanzado por un contrato típico, no debe insistirse en aplicar las reglas del mismo como supletorias del atípico, sino que, en todo caso, es necesario acudir a las normas generales de las obligaciones y contratos.

Como comentario general a estas teorías, opina el Lic. Arce que debe tomarse en cuenta el contrato atípico concreto que será materia de interpretación e integración, y así aprovechar en cada tesis lo que puede ser de utilidad.³⁷

En este orden de ideas:

- a) En contratos atípicos en los que puede descubrirse una sola prestación preponderante propia de un contrato típico, resulta aplicable la teoría de la absorción.
- b) En los contratos mixtos o complejos que resultan de la combinación de varias prestaciones típicas de diversos contratos regulados, la tesis aplicable es la combinación.

³⁷ Arce Gargollo Javier, *Contratos Atípicos Mercantiles*, Pág. 46

- c) En contratos absolutamente atípicos debe determinarse si estos poseen tipicidad social para interpretarse con ayuda a criterios judiciales, usos y doctrina.

El Lic. Arce dice que la aplicación de normas supletorias al contrato atípico debe buscarse en los principios y normas generales que regulan las obligaciones, más que en los contratos típicos específicos.³⁸

Así, en un contrato atípico concreto debemos descomponer sus prestaciones y obligaciones para interpretarlas de acuerdo con la normativa general de cada tipo de obligación. Una vez que se conoce a qué contrato típico corresponde, debemos ubicar a cada obligación como transferencia de propiedad, pago de precio, transmisión temporal de uso, rendición de cuentas, etc., y agregar las características propias del contrato en que se ubica; unilateral, bilateral, gratuito, oneroso, de ejecución instantánea, etcétera.

El Lic. Javier Arce Gargollo distingue entre los contratos atípicos en sentido estricto o atípicos puros y los contratos atípicos en sentido amplio o atípico impropios, también llamados mixtos o complejos, estableciendo que los primeros son aquellos que tienen un contenido completamente extraño a los modelos legales o tipos establecidos y los segundos aquellos que resultan de la combinación o mezcla de elementos y prestaciones que corresponden a contratos típicos.³⁹

³⁸ Ibidem. Pág. 46

³⁹ Op. Arce Gargollo Javier, Contratos mercantiles Atípicos, Pág. 46.

De acuerdo con el citado autor, en relación con sus prestaciones, los contratos mixtos se dividen en tres clases:

- I. **Combinados o gemelos:** que son aquellos en los que la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra parte es propia de solo contrato típico.
- II. **Mixtos en sentido estricto:** que son los que se componen de un determinado contrato típico al cual se le añaden las partes, un elementos o una prestación de otro contrato típico.
- III. **De doble tipo:** en los que el total del contrato puede encuadrarse dentro de dos contratos típicos.

A esta clasificación nosotros consideramos adecuado añadir una cuarta clase de contratos, compuesta por aquellos contratos que contienen elementos tanto de contratos típicos como de contratos atípicos. El contrato de franquicia entra en esta clase de contratos ya que contiene elementos propios de contratos típicos y atípicos los cuales analizaremos más adelante en este trabajo. Basta por ahora citar como ejemplo de un elemento de un contrato típico, la obligación propia de un contrato de prestación de servicio, consistente en dar asesoría al franquiciatario, una licencia para el uso de marcas o nombres comerciales.

En nuestra legislación se contempla la existencia de los contratos atípicos aunque no se mencionan bajo este nombre. El artículo 1858 del Código Civil establece el

régimen jurídico de los contratos no regulados como típicos y las normas que deben aplicarse para su interpretación e integración. Dicho precepto expresa: "Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que las partes fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento".

Esta disposición señala claramente el orden que debe seguirse para aplicar al contrato atípico las normas de los contratos, que son:

- a) Reglas generales del contrato incluidas en el propio Código Civil, lo que comprende a todas las normas generales de las obligaciones y la posibilidad de aplicar las de contratos típicos de otra legislación, no sólo el propio Código Civil, sino de otros ordenamientos como lo es el Código de Comercio.
- b) Las estipulaciones de las partes; y
- c) Las normas del contrato típico con el que tengan más analogía.

H. Es un contrato consensual en virtud de que para su perfeccionamiento no se requiere ninguna forma especial; basta con que exista consentimiento para que se perfeccione y produzca todos sus efectos.

No obstante lo anterior, para registrar los contratos de licencia de uso de marcas, nombres comerciales y patentes, los

cuales normalmente forman parte del contrato de franquicia, se requiere que el contrato respectivo conste por escrito.

El registro de los contratos de licencia, aunque no es obligatorio, lo consideramos recomendable para que éstos puedan producir efectos en perjuicio de terceros así como para acreditar de esta forma, el uso de las marcas, patentes o nombres comerciales con el objeto de evitar que el registro correspondiente caduque por falta de uso.

- I. Es de tracto sucesivo ya que sus prestaciones se cumplen en el tiempo, es decir, las prestaciones de las partes se van ejecutando momento a momento durante todo el tiempo de vigencia del contrato.
- J. Finalmente se trata de un contrato intuitu personae ya que éste se celebra en base a las características personales de las partes sobre la base de la confianza.

En efecto, es común que con anterioridad a la celebración del contrato, el franquiciatario tenga que dar cierta información al franquiciante sobre su solvencia económica, experiencia profesional, datos personales y en algunos casos hasta se le llega a someter a exámenes psicológicos para determinar su idoneidad como franquiciatario.

3.3.2. Figuras análogas.

La franquicia se ha convertido en uno de los métodos más confiables para hacer negocios. Su aceptación y popularidad ya no

hay nadie que las cuestione, inclusive en países como México, en donde el fenómeno de las franquicias es reciente.

Encontramos el que el contrato de Franquicia se asemeja a la Concesión Administrativa y al contrato de distribución.

3.4. La franquicia en la Legislación Mexicana.

3.4.1. Ley de Invenciones y Marcas.

La Ley de Invenciones y Marcas, no hacía ninguna mención expresa de los contratos de franquicia. Sin embargo sí regulaba la licencia de uso de marca en el Capítulo V del título IV, en donde se establecía que el titular de la marca podía autorizar a una o más personas como usuarios de la misma, siempre y cuando el contrato respectivo fuera inscrito en la Dirección General de Invenciones, Marcas y Desarrollo Tecnológico de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), para lo cual deberían solicitarlo tanto el titular de la marca como el usuario y además anexar entre otras cosas una constancia expedida por el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología (RNTT), en la que se acreditara que la marca, en relación con la cual se solicitaba la inscripción de usuario autorizado, se encontraba comprendida en un acto inscrito en dicho registro.

3.4.2. Ley y Reglamento de Transferencia de Tecnología de 1982.

Durante muchos años, en opinión de las autoridades mexicanas, en la "importación" de tecnología al país, se incurría en abusos que

perjudicaban a los adquirentes de la misma, ya sea porque se les proporcionaba tecnología anticuada o inoperante o porque el precio al que ésta se les vendía o arrendaba era desproporcionado.

En virtud de lo anterior, se pretendió resolver el problema mediante la expedición de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (LRTT), por medio de la cual se estableció la obligación de registrar en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología (RNTT) todos los contratos relacionados con la transferencia de tecnología que tuvieran efectos en México. Para los efectos de dicha ley, un contrato de franquicia se consideraba como transferencia de tecnología.

Los contratos de tecnología que no eran registrados o cuyo registro era cancelado se consideraban nulos y no tenían validez bajo las leyes mexicanas.

La Ley Sobre el Control y el Registro de la Transferencia de Tecnología obligaba a someter los contratos al escrutinio de la SECOFI, y se prohibía el registro de aquellos que, bajo el criterio de dicha autoridad, fueran lesivos para los intereses de los adquirentes de la tecnología (licenciarios) y consecuentemente, para la economía nacional.

De esta forma, el artículo 2 de la Ley Sobre el Control y el Registro de la Transferencia de Tecnología exigía la aprobación de todos los contratos, convenios y documentos que se relacionaran con la transferencia de distintos tipos de tecnología, incluyendo licencia de marcas, licencia de nombres comerciales, transferencia de

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

conocimientos técnicos a través de planos, diagramas, modelos, manuales, instructivos, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal y otras modalidades y asistencia técnica en cualquier otra forma que ésta se prestara.⁴⁰

Con ese propósito, se elaboró una lista de causales de negativa de registro, que aparecían en los artículos 15 y 16 de la mencionada ley.

Dichos artículos establecían como causa de negativa de inscripción los casos en los que el franquiciante:

1. Interviniera en la administración del negocio del licenciatario;
2. Requiriera la cesión de derechos de propiedad intelectual generados por el licenciatario en forma gratuita;
3. Impusiera limitaciones al licenciatario en materia de investigación;
4. Estableciera proveedores obligatorios par el licenciatario;
5. Limitara o prohibiera la exportación por parte del licenciatario;
6. Prohibiera al licenciatario el uso de tecnología complementaria.
7. Obligara al licenciatario a vender a un solo cliente;
8. Tuviera la atribución de designar el personal permanente del licenciatario;
9. Limitara los volúmenes de producción del licenciatario;
10. Requiriera al licenciatario la celebración de contratos exclusivos de venta o representación;
11. Requiriera confidencialidad más allá del término del contrato.

⁴⁰ D.O.F. 9 de enero de 1990.

12. No asumiera responsabilidad por la violación a derechos de propiedad intelectual de terceros;
13. No garantizara la calidad de la tecnología;
14. Transfiriera tecnología disponible en el país;
15. Estableciera contraprestaciones (regalías) desproporcionadas;
16. Estableciera términos excesivos de vigencia; y
17. Requiriera sumisión a tribunales extranjeros.

Asimismo en el año de 1982, se expidió el Reglamento de la LRTT, el cual contenía disposiciones igualmente proteccionistas a las de la ley.

3.4.3 Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología de 1990.

El 9 de enero de 1990, dentro de un movimiento tendiente a liberalizar radicalmente los procedimientos para la transferencia y licencia de tecnología, patentes, marcas, conocimientos técnicos, programas de cómputo y diversos tipos de asesoría y servicios técnicos, se publicó un nuevo Reglamento de la LRTT. Este reglamento dejó sin efectos al Reglamento que había estado en vigor desde 1982. El nuevo Reglamento implicaba una liberación muy importante respecto del Reglamento de 1982 al establecer varias excepciones a las causales de negativa de inscripción de los contratos y por primera vez, expresamente se reconoce a las "franquicias" bajo la legislación mexicana.

En efecto, el RLRTT, además de establecer excepciones específicas a las causales de negativa de inscripción establecidas por la LRTT, en su

artículo 53, contemplaba una excepción general, al establecer que la SECOFI podía determinar situaciones de excepción a las causas de negativa de inscripción determinadas por la LRTT, cuando los adquirentes, licenciatarios o franquiciatarios (y en el caso del registro de contratos de franquicia maestra también los proveedores o franquiciantes), manifestaran ante dicha autoridad, bajo protesta de decir verdad que era su deseo celebrar el acuerdo en los términos propuestos y en tanto que los contratos correspondientes resultaran beneficiosos para el país, en uno o más de los siguientes aspectos, lo cual debía acreditarse en un plazo de 3 años contados a partir de la inscripción del acuerdo:

- a) Generación de empleos permanentes;
- b) Mejoramiento de la calificación de los recursos humanos;
- c) Acceso a nuevos mercados en otros países;
- d) Fabricación de nuevos productos en el territorio nacional, especialmente si sustituían importaciones;
- e) Mejoramiento en la balanza de divisas;
- f) Disminución en los costos unitarios de producción, medidos en pesos constantes;
- g) Desarrollo de proveedores nacionales;
- h) Utilización de tecnologías que no contribuyeran al deterioro ecológico, e
- i) Iniciación o profundización de las actividades de investigación y desarrollo tecnológico en las unidades de producción o en los centros de investigación nacionales vinculados a éstas.

Al dar a conocer el Reglamento de 1990, la Secretaría indicó que era su intención devolver a las partes contratantes la responsabilidad de la

negociación de los términos y condiciones de la transferencia de tecnología, establecer nuevos mecanismos para el registro de contratos de franquicia, proporcionar protección adicional a los secretos industriales y reducir las facultades discrecionales del gobierno en el proceso de registro.

Como dijimos, por primera vez se reconoce a la franquicia, de manera expresa bajo la legislación mexicana, como una forma de hacer negocios y al efecto el Reglamento da una definición del contrato de franquicia.

La inclusión de dicha definición en el RLRTT fue de gran importancia ya que al hacerlo el gobierno no solamente reconocía el valor de las franquicias como una forma de llevar a cabo negocios, sino que además mostraba la aceptación por parte de los políticos que formulan los principios económicos a ser aplicados, al haber aceptado formas internacionalmente reconocidas de hacer negocios y revela la importancia que las autoridades mexicanas le atribuyeron y el papel que esperaban que desempeñara en el desarrollo de la economía mexicana.

El Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología contenía disposiciones que permitían la inscripción de contratos de franquicia modelo. Dicho Reglamento contemplaba que una vez que un contrato de franquicia hubiera sido inscrito y la SECOFI hubiera expedido la constancia de inscripción respectiva, el otorgante de la franquicia podía celebrar un número ilimitado de contratos de franquicia, siempre y cuando dichos contratos incluyeran los números de expediente y folio bajo los cuales el contrato de franquicia modelo (y cualquier modificación del mismo) hubiera

quedado inscrito y que cada seis meses el otorgante de la franquicia presentara al RNTT, ejemplares firmados de los contratos de franquicia celebrados dentro del periodo de seis meses anterior.

El Reglamento establecía además un procedimiento idéntico para que los receptores de franquicias inscribieran contratos de subfranquicia modelo registrado, en la medida en que el otorgante de la franquicia hubiera autorizado al receptor de la misma a celebrar tales contratos de subfranquicia con terceros.

Este Reglamento representa el primer y gran esfuerzo de reconocimiento de la relación contractual de franquicia. Sin embargo, la LRTT y aun en el propio RLRTT en la mayoría de los casos, continuaban tratando al contrato de franquicia como una especie del contrato de tecnología.

En efecto, la LRTT estaba más bien orientada hacia contratos estándar de tecnología, los cuales se enfocan más directamente hacia la industria y la fabricación, en tanto que los contratos de franquicia responden a objetivos de negocios diferentes. Los contratos de franquicia son más comúnmente usados dentro del campo de la prestación de servicios y la venta al menudeo. Las características diversas de estos dos tipos diferentes de actividades hacen que tengan también diferentes objetivos. En consecuencia, las políticas que están diseñadas para favorecer o desfavorecer cierto tipo de relaciones de negocio, en el contexto de contratos de tecnología en sentido tradicional, pueden generar efectos imprevisibles y no deseados en el de los contratos de franquicia.

Sin embargo debe reconocerse que con la publicación del RLRTT, además de eliminar casi por completo la incertidumbre que existía en el registro de contratos de franquicia, se reconoció que la misma era uno de los acontecimientos más importantes en el campo de la propiedad intelectual en nuestro país y, en el mundo de los negocios en general.

3.4.4. Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial.

EL 27 de junio de 1991, se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial (LFPPI), la cual en sus artículos transitorios abroga a la LRTT, así como la LIM.⁴¹

La LFPPI regula muy escasamente al contrato de franquicia al contener solamente un artículo (el 142), que se refiere a éste. En efecto dicha disposición únicamente se encarga de establecer en qué casos se entenderá que existe una franquicia y establece la obligación por parte del franquiciante de proporcionar a quien se pretenda conceder una franquicia, información sobre el estado que guarda su empresa. Asimismo dicho artículo hace referencias a un reglamento en el que se contemplarán algunos aspectos de la figura que estudiamos, sin embargo a la fecha de impresión de este trabajo aún no se había publicado dicho reglamento. El propósito fundamental de la LFPPI es ofrecer en México, una protección a los derechos de propiedad industrial, similar a la existente en los países industrializados.

⁴¹ D.O.F. 27 de junio de 1991.

La nueva Ley, aumenta considerablemente la protección jurídica a la propiedad industrial en México. De esta manera se busca propiciar que en las actividades industriales y comerciales tenga lugar un proceso permanente de mejoras en la tecnología y la calidad, para elevar la competitividad internacional del país mediante el desarrollo interno de estos factores.

La evolución notable de la economía mexicana, sobre todo en los últimos años, ha marcado un fuerte contraste respecto de las circunstancias en que nació la LRTT. La intensificación de la competencia en el mercado nacional, luego de la apertura al comercio internacional desde mediados de los ochenta, ha acentuado la necesidad de las empresas por contratar en corto plazo, tecnologías eficientes para competir en el mundo actual, pues las tecnologías adoptadas por la mayoría de las empresas anteriormente, en un ambiente de competencia industrial y comercial menos reñida, resultan hoy inadecuadas para enfrentar las presiones que introducen en el mercado mexicano los productos provenientes de otros países.

CAPITULO CUARTO

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE CONCESION Y FRANQUICIA.

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE CONCESION Y FRANQUICIA

4.1. Concesión Administrativa como acto administrativo.

4.1.1. La Concesión en la Administración Pública.

En los artículos 27 y 28 de nuestra Constitución Política, a la concesión se considera, como un acto a través del cual se otorga a los particulares el derecho a explotar los bienes del dominio público del Estado. En la concesión se establece en beneficio del concesionario, un derecho que antes no tenía y que precisamente se traduce en el derecho que le trasmite la Administración para explotar un bien del dominio público o un servicio público. De esto podemos decir que la concesión es un acto jurídico por el cual la Administración Pública otorga por tiempo determinado a un particular, el derecho de prestar un servicio público, o de usar, aprovechar y explotar bienes del Estado, siguiendo la normatividad adecuada.

4.1.2. De las autoridades que emiten actos administrativos.

En el artículo 89 constitucional se mencionan las facultades del Presidente de la República, y corresponde la función administrativa. Los actos del Ejecutivo Federal, agotan la titularidad de esta función debido a que el Presidente de la República se vale de una serie de dependencias y entidades para cumplir con su cometido.

En el Estado Mexicano se desarrollan tres tipos de funciones perfectamente diferenciadas. El Congreso de la Unión tiene como misión fundamental el acto de concurrir a la formación de las leyes,

dispositivos que siempre contemplan situaciones jurídicas generales, abstractas y de carácter coactivo. El Estado manifiesta su poder en actos típicamente jurisdiccionales a través del Poder Judicial, que es el único competente para actuar formalmente en actos concretos, éstos tienen como fin dirimir derechos basándose en personas físicas o morales y muchas veces desemboca en una sentencia. La actividad estatal también se manifiesta mediante la creación en el mundo jurídico de **actos administrativos**, que son de la competencia del Poder Ejecutivo único, que formalmente ejerce la llamada función administrativa.

El acto administrativo determina de manera precisa los derechos y obligaciones de personas jurídicas, con relación al Poder Ejecutivo. Se regula por una serie de disposiciones generales, según lo que ordene la expedición de una ley o reglamento, que sientan las bases para este tipo de actos, o el derecho administrativo.

La función administrativa, desde el punto de vista formal, es la actividad esencial y natural que le corresponde al Poder Ejecutivo y que tiene como fin la creación de actos jurídicos administrativos en orden a un marco estricto de competencias para desarrollar las facultades que tiene atribuidas este Poder.

4.1.3. La concesión administrativa un acto administrativo.

A lo largo del presente trabajo hemos hablado de que la concesión administrativa, como un acto administrativo discrecional es emitido por la Administración Pública en la que concede a una persona una

prerrogativa pública creando obligaciones y derechos de la explotación de; ya sea de un servicio público, de bienes del Estado, etc.

4.2. Franquicia como contrato y figuras afines.

4.2.1. La Franquicia como contrato.

La franquicia es un contrato en virtud del cual una de las partes llamada franquiciante, se obliga a ceder a otra llamada franquiciador, respecto de quien es jurídicamente independiente, el uso de una marca, de un nombre o de un emblema representativo de un producto o de un servicio, o de ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio, y a prestarle asistencia, quien, a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar su directivas en el ejercicio de su derecho.

4.2.2. La franquicia respecto de otras figuras contractuales.

I.- Franquicia y Concesión Administrativa.

La Concesión Administrativa desde su punto de vista contractual "es un acto por el que la Administración Pública Federal confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprende la propiedad industrial".⁴²

⁴² Serra Rojas Andrés, Ob. cit. p. 223.

La franquicia se distingue de la Concesión Administrativa en que ésta es otorgada por el Estado, para explotar un servicio público, un ejemplo puede ser el transporte.⁴³ En la franquicia se otorga contractualmente por un particular a otro particular y es, fundamentalmente para explotar una empresa o negociación que involucra el uso de una marca, la transferencia de la tecnología que son los conocimientos técnicos que ofrece el franquiciante al franquiciatario. En la franquicia se trasmite un conocimiento comercial de cómo hacer (Know how), lo que frecuentemente falta en la concesión. Por otra parte el concesionario puede utilizar sus propias marcas y signos, lo que no sucede en la franquicia, porque sería una anomalía. La concesión como acto administrativo puede darla por terminada el Estado unilateralmente; no así la franquicia que es un contrato. En dichas figuras encontramos semejanzas: el privilegio que se otorga al concesionario o al franquiciante y el derecho para explotar cierta actividad bajo el control del franquiciante.⁴⁴

Por último, el concesionario normalmente actúa en el campo de venta de bienes, el franquiciatario además lo hace también en el terreno de los servicios.

II.- Franquicia y licencia.

Con otra figura que se compara la franquicia es con la licencia porque existe un elemento adicional representado por la creación de una relación entre productor y distribuidor, que permite transmitir una facultad jurídica de usar determinados bienes inmateriales del

⁴³ Idem, p. 223.

⁴⁴ Arce Gargollo Javier, Ob. cit., p. 36.

franquiciante, o de actuar en cierta forma, de manera que si no se diese dicha facultad no podría actuar el franquiciatario.

La analogía se encuentra como se considera, también en el pago, es decir en la obligación de aquel que obtiene la licencia de pagar una suma inicial y posteriormente sumas por las ventas o servicios. Sin embargo, existen diferencias entre la licencia y la franquicia, porque en ésta se trata de vender bienes producidos o adquiridos por el franquiciante o bien de dar servicios con las mismas características con las cuales opera.

La diferencia está en que la licencia puede producir por su propia cuenta quien la tiene, no así en la franquicia. Así en una misma cadena, quien tiene la licencia se limita a usar el derecho que se le confiere, presentando la marca en los bienes que produce, sin formar parte como en la franquicia, de la cadena u organización del franquiciante.

III.- Franquicia y el contrato de distribución.

El contrato de distribución, "es aquel por el que el distribuidor se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor en los términos y condiciones de reventa que éste le señale; también podrá imponerle obligaciones sobre la organización del negocio."

La franquicia se parece a la distribución en que las partes se imponen condiciones y términos de comercialización de los productos y de la organización de la empresa.

Difiere el contrato de franquicia del de distribución toda vez que el distribuidor no transforma, produce o modifica el producto sino que sólo los revende.

4.3. De los Organismos facultados para otorgar concesiones administrativas.

En la figura de la concesión establece que los derechos corresponden legalmente a la Administración Pública, para conceder como su nombre lo indica, los cuales son el atender el funcionamiento idóneo de los Servicios Públicos, la administración de sus bienes y las demás situaciones que las leyes administrativas consideran como elementos concesibles. En el artículo 25 constitucional en su párrafo cuarto, es muy claro respecto del sector público y que relacionado con el artículo 28 constitucional así como la Ley Orgánica de la Administración Pública, nos menciona cómo el Ejecutivo Federal delega toda esta actividad a la Administración Pública.

Primero partiremos de entender que hay tres grandes poderes en nuestro país, los cuales son: El Ejecutivo, Legislativo y Judicial; no profundizaremos en este tema, ya que para efectos de este trabajo nos interesa uno, que es el poder Ejecutivo, ya que la Administración Pública es parte de este poder, el cual nos llevará al objetivo del presente trabajo, por esta razón el Estado debe contar con los Organismos y las empresas que se requieran a fin de que la Administración Pública funcione de la manera eficaz en todos los aspectos y en las áreas estratégicas que se les destine. Por tanto el Estado, a través de sus organismos y con apego a la ley, podrá otorgar

Concesiones Administrativas cuando exista un interés general ya sea en casos de explotación de servicio público, aprovechamiento de los bienes del dominio público, con la salvedad que la ley marque como excepción, uno de los artículos que nos fundamenta lo antes descrito es el Artículo 3º de la Ley Orgánica de la Administración Pública que dice: "El Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliará en los términos de las disposiciones legales correspondientes, de las siguientes entidades de la administración pública paraestatal:

I.- Organismos descentralizados;

II.- Empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas, y

III.- Fideicomisos."⁴⁵

De esta manera podemos entender que la facultad recae, para otorgar las concesiones en las personas que en ese momento están al frente de los Organismos que integran la Administración Pública Federal con la debida autorización del Ejecutivo.

Ahora es importante entender que para otorgar una concesión se requiere de características muy determinadas como podrían ser: la capacidad del concesionario, la capacidad financiera, la capacidad técnica del concesionario, etcétera. El régimen de la concesión en México, impone el principio de intransmisibilidad de los derechos derivados de la concesión, o bien, se permite la transmisión llenando ciertos requisitos y previa anuencia de la autoridad concedente.

⁴⁵ Ley Orgánica de la Administración Pública.

4.4. La Problemática Jurídica de equiparar la Franquicia con la Concesión Administrativa otorgada por PEMEX.

La Franquicia y la Concesión Administrativa tienen ciertas características similares pero también grandes diferencias como ha sido comentado anteriormente, surgen por tanto de estas diferencias términos que se traducen en una problemática, toda vez, que PEMEX nos habla de que otorga franquicias y no concesiones. En el presente tema se ha dado mucho énfasis en el hecho de que el Contrato de Franquicia se asemeja, comentan algunos autores, a la Concesión Administrativa, y hablaremos al respecto: La franquicia se confunde con la Concesión no como un acto de Estado, sino como un permiso, sin embargo algunos estudiosos han explicado su diferencia señalando que en la concesión el concesionario no está obligado a mostrar hacia el público los signos distintivos que usa el cedente, mientras que en la franquicia es una obligación esencial. En la franquicia se trasmite el conocimiento comercial de cómo hacer (Know how), lo que frecuentemente falta en la concesión. Así es, el concesionario, en la normalidad de los casos, no actúa obligadamente siguiendo un patrón de actividad que fije el concedente, en cambio el franquiciatario queda estrictamente vinculado a lo prescrito por los manuales u otras reglas, de manera que se uniforma en su proceder a los estándares practicados por el franquiciante. Por otra parte, el concesionario puede utilizar sus propias marcas y signos, lo que no sucede en la franquicia, porque sería una anomalía. Tampoco se da en la concesión el hecho de que el concesionario cubra al inicio del contrato un precio, y con posterioridad porcentajes por concepto de regalías.

La franquicia es un contrato que se origina entre particulares y cuenta con peculiaridades que difieren de los contratos generales, con lo cual hace que el contrato de la franquicia sea considerado como un contrato atípico y debido a esto se presentan problemas fundamentales; los contratos atípicos son aquellos que no cuenta con una regulación o disciplina en la legislación, y en cuanto la concesión administrativa que surge de un acto administrativo emitido por la Administración Pública cumpliendo todos los requisitos de ley, PEMEX es un Organismo Descentralizado y forma una parte de la Administración Pública, y que con fundamento en el artículo primero de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios no indica que PEMEX es un organismo descentralizado el cual cuenta con la finalidad de distribuir adecuadamente los recursos del petróleo que es una riqueza nacional, y en su artículo 28 constitucional sólo corresponde a éste el manejo de dichos recursos naturales en petróleo para este caso, en este punto podemos ver que PEMEX, es un organismo descentralizado y que no actúa como persona moral privada sino como un Ente de la Administración Pública, lo que hace que las Estaciones de Servicio que PEMEX ofrece como franquicias deberían ser reconocidas Concesiones Administrativas y no franquicias, ya que nos encontramos dentro de esta figura.

El argumento real del presente trabajo se basa en las características de las dos figuras en cuestión y que a continuación se señalarán en una lista para su mejor apreciación, comenzaremos con el contrato de franquicia y sus elementos:

- a) Elementos personales: el franquiciante y el franquiciatario.
- b) Elementos reales: la marca, las patentes (el privilegio que otorga el Estado para explotar una invención nueva susceptible

de aplicación industrial), la tecnología, el nombre comercial, la asesoría, consultoría y supervisión; la contraprestación; y la exclusividad; y

- c) Elementos formales: la forma (hace referencia a lo que la ley indica o la manifestación de la voluntad de las partes).

De igual manera existen características que los tratadistas han establecido de una manera general dentro del contrato de franquicia las cuales son:

- a) Es un contrato comercial.
- b) Bilateral.
- c) Oneroso.
- d) De colaboración.
- e) Aleatorio.
- f) Intuitu personae.
- g) Formal.
- h) Innominado o atípico.
- i) De tracto sucesivo o de largo plazo.
- j) De colaboración.
- k) Principal.
- l) Generalmente de adhesión.

Por lo que se refiere a la Concesión Administrativa, veremos ahora sus elementos y características:

- a) Sujetos. El órgano que emite el acto administrativo concesión, y el particular.
- b) El objeto. El Estado sujetándose a las leyes, podrá en caso de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos

o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio de la Federación.

- c) Finalidad. La concesión debe tener el fin propio de la función administrativa, que es la utilidad pública.

En cuanto a sus características no son muy específicas ni definidas ya que existen teorías en las que se define la concesión por diversos tratadistas y en algunas características coinciden pero esto nos da una pausa para no definir de manera explícita lo que es la concesión y sus características dentro del ámbito administrativo debido a su imprecisión de su naturaleza jurídica, aunque esto no quiere decir que sea confuso, pero si muy general, por tal razón se dice que la concesión administrativa es un acto administrativo discrecional, emitido por la Administración Pública, en la que se confiere a un particular ciertas prerrogativas públicas, como pueden ser; un servicio público o para uso, aprovechamiento o explotación de sus bienes.

Otra forma es que se considera como un contrato-concesión, ya que hay elementos que pueden determinar, que la concesión se produce a través de un acuerdo de voluntades: la del Estado que otorga el derecho para la prestación del servicio público o para el uso, aprovechamiento o explotación de sus bienes y la del particular que adquiere las obligaciones que impone el Estado.

Sin duda lo que hemos presentado en las líneas anteriores nos ayuda a entender que las figuras que se pretenden comprender son diferentes y que sí hay unos puntos que comparten y que quizá por dichas razones se ha caído en una confusión de compararlas en este caso por PEMEX, en sus llamadas FRANQUICIAS otorgadas a través de

las estaciones de servicio, que no es otra cosa que el distribuir el petróleo procesado en gasolina, y que de esta manera ha avanzado la mejor distribución de dicho elemento. El presente trabajo se ha enfocado en mostrar la diferencia que existe entre la FRANQUICIA y la CONCESION ADMINISTRATIVA, toda vez que se ha cometido un grave error al otorgar las estaciones de servicio de PEMEX a los particulares a través de FRANQUICIAS y no a través de la figura CONCESION ADMINISTRATIVA.

Uno de los argumentos que ha defendido PEMEX, para definir la concesión administrativa como franquicia, es que LA FRANQUICIA constituye uno de los métodos más exitosos de comercialización de bienes y servicios en nuestros días, por tanto defiende su postura diciendo que el Artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial define a la Franquicia de la siguiente manera: "Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se trasmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le conceda pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que éste distingue." No es sólo la Ley de la Propiedad Industrial transcrita la única disposición jurídica con injerencia en la operación de una Franquicia, en realidad existen otras leyes que PEMEX utiliza para respaldar sus actos jurídicos al otorgar las estaciones de servicio "gasolineras" en la llamada FRANQUICIA PEMEX.

Los sujetos que intervienen en la FRANQUICIA PEMEX, son el Franquiciante y el Franquiciatario. Por un lado el franquiciante que es el

titular de la marca y propietario de la tecnología de comercialización y por otra el franquiciatario, quien recibe del primero el derecho a usar la marca y los conocimientos para operar el negocio según los estándares, lineamientos, métodos y procedimientos que le indique el franquiciante.

En la FRANQUICIA PEMEX el franquiciante es PEMEX-REFINACION y el franquiciatario es la persona física o persona moral que ha suscrito el Contrato de Franquicia y el de Suministro de Productos PEMEX y que en tal virtud se obliga a operar una Estación de Servicio conforme a los contratos antes señalados, a los Manuales de Operación que PEMEX le entregue y en general a todas las directrices, políticas y lineamientos que PEMEX-REFINACION le señale. Por lo que se refiere al Franquiciatario como ya se ha señalado, podrá ser una persona física o moral; en ambos casos deberán cumplir con los requisitos que PEMEX-REFINACION tomando en cuenta el marco jurídico de la FRANQUICIA PEMEX ha determinado. PEMEX busca fundamentar su dicho de la FRANQUICIA PEMEX, apoyándose en la marca, que puede ser cualquier signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado. Una marca puede constituirse por denominaciones y figuras visibles, por formas tridimensionales o por nombres comerciales o razones sociales; aquel que registra una Marca ante el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial obtiene el derecho exclusivo de usarla y por ende transmitir dicho derecho de uso a terceros. En el Contrato de FRANQUICIA PEMEX, PEMEX-REFINACION como titular de diversas Marcas transmite el derecho de uso a los franquiciatarios los cuales deberán usar la Marcas en estricto apego a lo que dispongan el Contrato de Franquicia y los Manuales de Operación. Los franquiciatarios no podrán usar en la Estación de Servicio franquiciada ninguna Marca distinta de los productos de PEMEX.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Las figuras que se estudiaron en el presente trabajo fueron la *Concesión Administrativa* y la *Franquicia*.

Al finalizar el presente trabajo he recorrido por lo que es Administración Pública, entendiendo ¿Quién la conforma? y ¿Cuáles son sus fines?. Fue fundamental entender que está integrada por órganos centralizados, descentralizados, desconcentrados y empresas públicas entre otras. De los organismos descentralizados se han descrito sus características como tener personalidad jurídica y patrimonio propio, que los hacen muy peculiares, de esta manera hemos llegado al punto de entender que Petróleos Mexicanos y sus Organismos Subsidiarios reúnen los requisitos de un organismo descentralizado, el cual se encuentra facultado para otorgar concesiones administrativas. Es a la Nación a quien corresponde de manera exclusiva, explorar y explotar áreas estratégicas, en el presente caso, el petróleo, sus derivados, hidrocarburos y petroquímica básica y esto se logra a través de Petróleos Mexicanos y sus Organismos Subsidiarios, como se establece en el artículo 9 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo.

Petróleos Mexicanos y sus Organismos Subsidiarios se encargan de la distribución de los derivados del petróleo y el caso que nos incumbe es la gasolina, que hasta hace relativamente poco tiempo, era problemático encontrar una gasolinera, a diferencia de hoy que han proliferado las gasolineras llamadas por PEMEX "las Estaciones de Servicio".

SEGUNDA.- La franquicia es un contrato mercantil, en virtud del cual una parte llamada franquiciante se obliga a otorgar el uso de una o más marcas, nombres y/o avlso comerciales y derechos de autor así como transmitir tecnología, conocimientos técnicos, su experiencia y en general know-how y a prestar asistencia técnica a otra parte llamada franquiciatario, quien a su vez se obliga a pagar a la primera una contraprestación compuesta por una cuota inicial así como por pagos periódicos o regalías y a vender o producir bienes, o aprestar servicios en un territorio establecido y por un tiempo determinado en forma uniforme, de acuerdo con las estipulaciones y bajo el control de ésta.

La figura de la franquicia, no obstante que trae beneficios innegables desde el punto de vista económico, como lo son la creación de empleos, la inversión y el evitar en gran medida el fracaso de muchos negocios, por el contrario conlleva una pérdida de identidad nacional por el consumo generalizado de bienes y servicios importados, y la inhibición de la creatividad de los empresarios al no iniciar negocios propios sino tan solo pasar a formar parte de negocios en lo que ya todo está dado así como el desaliento a los investigadores nacionales al dejar de fomentar el desarrollo de tecnología en México, al importarla del extranjero.

En lo relativo a la reglamentación de la figura de las franquicias sigue siendo inadecuada, ya que el RLRTT no deja una idea clara respecto de la naturaleza jurídica, características y efectos de este contrato, que actualmente se da en la práctica.

Debe tenerse en mente, que aunque la franquicia sea sin lugar a dudas atractiva, el participar en este sistema no es una necesidad para todo empresario, aunque en algunas industrias tales como las de distribución de automóviles, el ser franquiciatario otorga plena libertad de optar por desarrollar su negocio mediante el sistema de franquicias o en forma independiente.

TERCERA.- A la franquicia la podemos llamar "la moda comercial" y actualmente existen importantes firmas comerciales que han otorgado muchas franquicias, pero también podemos hablar de las Distribuidoras como Ford, G.M., V.W., Nissan, o los concesionarios como Bello-Gas, Regio-Gas, Flama-Gas, todas las Comercializadoras de bienes y servicios de marcas comerciales que no son otra cosa que "negocios rentables", esto es muy importante, ya que a través de todo este movimiento comercial los grandes empresarios han obtenido increíbles beneficios que los han motivado a seguir invirtiendo en tan rentables negocios comerciales, así la franquicia surge como lo novedoso del siglo.

La Franquicia, que ha resultado una manera de hacer negocio muy innovadora, la cual ha dado grandes y exitosos resultados en todo el mundo, para Petróleos Mexicanos ha sido sumamente atractivo el nombre iniciando así el rentable trabajo de otorgar las "Estaciones de Servicio" lo que este organismo descentralizado ha llamado "FRANQUICIA-PEMEX"; lo que si bien es cierto ha conducido al mejoramiento en el servicio de las gasolineras en México (ya que antes este servicio era carente en todos los sentidos, pues se encontraba una gasolinera si uno tenía suerte), en ese sentido creo yo que hay un gran avance, pero la problemática que surge de todo esto es que PEMEX como órgano descentralizado debería otorgar CONCESIONES y no

FRANQUICIAS, toda vez que no existe fundamento legal para crear estas últimas por considerárselas un contrato atípico como lo manifiesta el autor Javier Arce Gargollo; todo esto deja de manifiesto claramente que no existe una regulación específica como en otros contratos típicos que son debidamente regulados en nuestra legislación.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO MIGUEL, Teoría General de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, Décima Tercera Edición, México 1997.

ALVAREZ SOBERANIS JAIME, La Regulación de las Inversiones y Marcas y la Transferencia de la Tecnología, Editorial Porrúa, México 1997.

ARCE ARGOLLO JAVIER, El Contrato de Franquicia, Editorial Thelms, Tercera Edición, México 1995.

ARCE ARGOLLO JAVIER, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Trillas, Segunda Edición, México 1997.

BAUCHE GARCIADIEGO MARIO, La Empresa, Editorial Austria, B.A. Argentina, 1990.

BARRA GRAF JORGE, Instituciones del Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México 1991.

CALVILLO GONZALEZ ENRIQUE Y RODRIGO, Franquicias: La Revolución de los 90's, MC GRAW HILL, México 1991.

DELGADILLO LUIS HUMBERTO, Compendio de Derecho Administrativo, Editorial Harca, México 1994.

DIAZ BRAVO ARTURO, Contratos Mercantiles, Editorial Harla, Octava Edición, México 1997.

FAYA VIESCA JACINTO, Administración Pública Federal: La nueva estructura, Editorial Porrúa, México 1983.

FRAGA MAGAÑA GABINO, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México 1992.

GUTIERREZ FALLA LAUREANO F., La Empresa, Editorial Austria, B.A. Argentina 1985.

MALDONADO CALDERON SONIA, Contrato de Franchising, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 1994.

MANTILLA MOLINA ROBERTO, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, 28ª Edición, México 1992.

MANUEL MARIA DIEZ, Acto Administrativo, Editorial Argentina, S.A., Décima Segunda Edición, 1990.

OLIVERA TORO JORGE, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa 1976.

REVISTA "OCTANAJE", Editada por PETROLEOS MEXICANOS, Bimestral, México 1995-2000.

REVISTA "PERSPECTIVA", Editada mensualmente por Comercializadora Teca, S.A. México, D.F.

RUIZ MASSIEU JOSE FRANCISCO, Estudios Jurídicos sobre la Nueva Administración Pública Mexicana, Editorial Limusa, México 1991.

SECRETARIA DE LA ECONOMIA NACIONAL, Departamento del Petróleo; Legislación Petrolera. Leyes, Decretos y Disposiciones Administrativas referentes a la Industria del Petróleo. México 1939, reeditados 1999, Volúmenes del I al XXX.

SERRA ROJAS ANDRES, Derecho Administrativo I y II, Editorial Porrúa, Décima Tercera Edición, México 1985.

SANCHEZ CALERO FERNANDO, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Revista de Derecho Privado, Décima Quinta Edición, Madrid 1991.

VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR, Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México 1996.

LEGISLACION

- ◆ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- ◆ Código de Comercio.
- ◆ Código Civil para el Distrito Federal
- ◆ Ley Orgánica de la Administración Pública
- ◆ Ley Federal de Entidades Paraestatales.
- ◆ Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos.

- **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial.**
- **Ley de Invenciones y Marcas.**
- **Ley y Reglamento de Transferencia de Tecnología de 1982.**
- **Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso de Explotación de Patente y Marcas.**