

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

EL EMPLEO PÚBLICO

El empleo público tiene una fuerte vinculación con la idea de la función pública, actividad reservada a los órganos depositarios del poder público, explicable como la actividad esencial del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, cuya realización satisface necesidades públicas, es decir, necesidades del Estado, del aparato gubernamental, de la administración pública; en suma, de los entes públicos.

Se distribuye el ejercicio de la función pública entre los diversos órganos o poderes del Estado de acuerdo con sus competencias; mas para que éstos la puedan concretar en actos que trasciendan a la realidad cotidiana se requiere de personas físicas que, mediante su actividad intelectual o física, desempeñen el papel de funcionarios o empleados públicos, cuyas voluntades o acciones configuran la voluntad o acción del Estado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación asimiló la noción de función pública a la de empleo público e identificó al órgano depositario de la función pública con el empleado público, al sostener:

Si por función pública ha de entenderse el ejercicio de atribuciones esenciales del Estado, realizadas como actividades de gobierno, de poder público que implica soberanía e imperio, y si tal ejercicio en definitiva lo realiza el Estado a través de personas físicas, el empleado público se identifica con el órgano de la función pública y su voluntad y acción trascienden como voluntad o acción del Estado, lo que justifica la creación de normas especiales para su responsabilidad.²²⁵

I. LA BUROCRACIA

El universo de funcionarios y empleados públicos cuyas voluntades o acciones configuran la voluntad o acción del Estado se conoce genéricamente como “burocracia”, vocablo acuñado en Francia, cuya primera parte, según algu-

²²⁵ *Informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 1a. Sala, México, 1959, p. 36.

nos filólogos, proviene del latín *burrus*, que quiere decir color oscuro, sombrío, como el empleado en los actos solemnes.

En el francés antiguo, la voz *bure* significaba paño o tela burda estameña usada en las mesas empleadas por los funcionarios en los actos públicos; posteriormente, la palabra evolucionó a *bureau* y sirvió no sólo para designar la tela, sino también a la mesa por ella cubierta, a la sala o despacho en donde se hallaba el mueble y hasta a las personas que ahí trabajaban. Para otros estudiosos, la primera parte de la palabra “burocracia” no deriva de *bureau* ni de *bure*, sino de *burel*, vocablo utilizado para designar, en el medievo, la más alta magistratura francesa.

El vocablo francés *bureaucratie* lo empezó a utilizar el fisiócrata Juan Claudio María Vicente Gournay, para referirse al poder ejercido por el conjunto de funcionarios y empleados dependientes del rey, en la administración pública de la monarquía absoluta. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia nos define el término “burocracia”, en su primera acepción, como la “influencia excesiva de los empleados públicos en los negocios del Estado”, y conforme a la segunda acepción es una “clase social que forman los empleados públicos”.

La palabra “burocracia” es anfibológica, pues cuando se emplea sin determinar su sentido, se le da el subjetivo, o sea, se le toma como referida al personal administrativo; pero cuando hablamos de los problemas de la burocracia, no sólo nos referimos a los problemas del personal, sino también a todos los concernientes al proceso administrativo.

La burocracia puede estudiarse desde distintas perspectivas, cada una de las cuales nos llevará a conclusiones diferentes. Dentro de las ciencias sociales, el derecho, la economía, la política y la sociología nos dan, cada una de ellas, una versión distinta de la burocracia. Para la economía, integran la burocracia del Estado quienes ven remunerado su trabajo con un cargo directo al presupuesto público; para la política, la burocracia se circunscribe sólo a ciertos empleados del sector público; para el derecho, el número de integrantes de la burocracia es todavía más restringido, y para la sociología, la burocracia no se limita al ámbito del sector público, sino también comprende las organizaciones privadas, en las cuales encuentra perfiles similares a los de las públicas.

El fenómeno burocrático está infestado por una plaga de contradicciones, porque entraña eficacia e ineficacia, eficiencia y deficiencia, libertad y despotismo, cualidades y defectos, los cuales ponen de manifiesto su índole de producto social; es decir, el fenómeno burocrático se produce como resultado de la convivencia humana y tiene antiguas raíces en la historia de la

humanidad, aun cuando no se haya registrado en épocas remotas con sus características actuales.

1. *El surgimiento de la burocracia*

El fenómeno burocrático va de la mano de la administración pública desde los inicios del Estado; así, en el antiguo imperio egipcio (3200-2270 a. C.) existió una amplia estructura administrativa que, encabezada por el gran visir o primer ministro, estaba organizada jerárquicamente, con divisiones departamentales por materias, a las órdenes del faraón. Los funcionarios eran formados en escuelas especiales que funcionaban a nivel central y provincial, en las cuales se les enseñaba educación general y práctica administrativa. Los servidores públicos eran pagados directamente por el Estado, gozaban de inamovilidad y, en algunos casos, los cargos eran hereditarios.

En el Imperio romano, la burocracia tuvo rasgos muy característicos; empero, su gestación se remonta no sólo a la República, sino también al tiempo de la Monarquía, primera estructura política institucional de Roma. Al lado del rey figuraban como colaboradores allegados el *prefectus urbi*, quien le sustituía en sus ausencias de la ciudad; el *tribunus celerum*, su principal auxiliar en materia militar; los *duoviri perduellinis* y los *quaestores parricidi*, sus auxiliares en la impartición de justicia penal, así como en materia religiosa, de gran importancia en esta monarquía de carácter teocrático-militar.

Al desaparecer la monarquía en Roma para dar paso a la república, la expansión de ésta derivada de sus conquistas territoriales, así como el crecimiento demográfico y la transformación administrativa romana, implementadas principalmente a través de sus magistraturas, en cuyo desempeño habrían de desatarse los deseos de hacer una carrera administrativa, así como obtener honores, posiciones y prestigio social, permiten identificar a la burocracia romana de la República.

Entre las principales características de dichas magistraturas figuraban la pluralidad de titulares, a partir de que el poder supremo no se depositó en una sola persona; la colegialidad, por medio de la cual los “colegas” ocupantes de una magistratura desarrollaban su actividad, siempre y cuando no se opusiera uno de ellos por medio del veto; la temporalidad, en virtud de la cual la duración de los puestos públicos era de un año, excepto en caso de destitución o de prórroga. Por último, debemos destacar también el carácter electoral de las magistraturas romanas de la República, donde las elecciones se realizaban en los comicios curiados, desaparecidos en la República; en los centuriados, fortalecidos en esta época, y en los comicios por tribus, *comitia*

tributa, cuyo origen se ubica en las reuniones de la plebe, *concilia plebis*, instauradas como auténticos comicios romanos.²²⁶

El florecimiento de la burocracia alcanza en Roma todo su esplendor durante el Imperio, tanto por la expansión del conjunto de empleados públicos como por el poder que éstos asumen en la resolución de las cuestiones administrativas.

2. *La burocracia moderna*

La burocracia prácticamente desapareció en la Edad Media, al perderse la homogeneidad administrativa en las cortes nómadas de los reyes bárbaros. En el siglo XVI surge un nuevo modelo de burocracia como pilar insustituible del Estado moderno.

Emerge la burocracia moderna en el siglo XVI, junto con el Estado moderno, del que es pilar insustituible; sin duda, el soporte burocrático confiere a la moderna configuración estatal sus claros perfiles y aporta el carácter relativamente estático de su estructura. A través de la burocracia se ha logrado fijar la naturaleza de las instancias de poder y de la autoridad en el Estado.²²⁷

La versión alemana del mercantilismo, conocida como “cameralismo”—desarrollado en Prusia y Austria en los siglos XVII y XVIII—, hizo una importante aportación al desarrollo de la burocracia moderna, al crear la burocracia de cuello duro, censurar el monopolio del jurista respecto de los empleos públicos y proponer que los funcionarios tuvieran conocimientos y experiencia en política, economía y comercio.

El estudio sistemático de la burocracia lo inicia Jorge Federico Hegel en su obra *Filosofía del derecho*, a pesar de no haber aceptado el vocablo “burocracia”, por cuya razón nunca lo utilizó; pero ello no le impidió tratar ampliamente el tema. El ilustre pensador alemán adopta la tesis que configura a la burocracia como el gobierno de funcionarios, opuesto al autogobierno de los ciudadanos. Para Hegel, la división del trabajo constituye el principio básico del Poder Ejecutivo y subraya la importancia de la organización, a la cual se le atribuye el origen de la fuerza y del poder, lo que apuntala con un análisis minucioso de la actividad burocrática, cuyas características son —en su opinión— las de objetividad, imparcialidad y abstracción. Por otra parte, según el filósofo alemán, la estructura burocrática requiere de la centralización para facilitar el despacho de los asuntos.

²²⁶ Petit, Eugenio, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Editora Nacional, 1966, pp. 12-26.

²²⁷ García-Trevijano Fos, José Antonio, *op. cit.*, t. III, vol. I, pp. 37 y 38.

Posteriormente, vendría Max Weber a revolucionar la teoría de la burocracia, a la que definió como “un sistema para el desarrollo de los asuntos de gobierno por medio de ministerios y órganos, dirigidos por un titular capaz de dar particular énfasis a la práctica y al procedimiento de carácter conservativo”.²²⁸

En opinión de Max Weber, cualquier dominación sobre un conjunto humano requiere normalmente de una estructura administrativa. De acuerdo con los tipos de obediencia con que se identifique dicha estructura, se precisarán distintos modelos de dominación legítima; entre ellos destacan el racional, el tradicional y el carismático, los cuales encauzan a la autoridad legal, a la tradicional y a la carismática, respectivamente.

En el esquema weberiano, la autoridad legal se basa en el modelo racional de dominación, y requiere de una administración burocrática fundada en tesis totalmente distintas a las de los otros modelos de dominación, como la impersonalidad del mando, la subordinación al derecho, la sumisión a la norma y no al sujeto.

El modelo burocrático de Weber se funda en una serie de premisas que cuando se producen nos ubican frente a un régimen burocrático de dominación racional, basado en tres proposiciones básicas: reparto de competencias, poderes coactivos determinados por la norma, y personal con aptitudes absolutamente definidas.²²⁹

Las tres bases anteriores sirven a Weber para señalar una serie de requisitos para la existencia del tipo de dominación racional. Tales requisitos son los siguientes:

- *Jerarquía funcional*. Ello implica la presencia de una graduada diferenciación de autoridades superiores e inferiores.
- *Principio del expediente*. En la actualidad, la administración se apoya en un procedimiento escrito, debidamente archivado, y en un cuerpo de trabajadores de muchas clases. El personal que labora a las órdenes de un jefe se denomina sección, oficina, departamento o dirección, y constituye el pivote del quehacer administrativo.
- *Capacidad de los funcionarios*. La típica estructura administrativa de las organizaciones únicamente la integrarán quienes acrediten mediante las pruebas respectivas estar profesionalmente capacitados.

²²⁸ Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. de José Medina Echavarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 117 y 118.

²²⁹ Weber, Max, *¿Qué es la burocracia?*, Buenos Aires, La Pléyade, 1977, pp. 9-12.

- *Estricto apego al reglamento.* De esta suerte, cuando a un funcionario se le confiere competencia para expedir normas abstractas, no debe emitir resoluciones especiales para casos concretos.
- *Profesionalidad.* Generalmente, el puesto reclama todo su tiempo al funcionario, lo cual no ocurría anteriormente, ya que el desempeño del cargo era normalmente una tarea marginal. Así pues, si no la única, la función pública es la principal ocupación del funcionario. Con el sistema alemán fundado en la fidelidad, empleado como modelo por Weber, la ocupación de un cargo no se estima, ni real ni jurídicamente, como una fuente de ingresos, tal y como sucedía anteriormente, sino como una obligación específica de lealtad al cargo, en compensación a la garantía de una existencia asegurada.

El funcionario weberiano disfruta de una posición social estamental derivada de su extracción social, de su preparación y capacitación profesionales, y de su espíritu de casta; debe su designación a un nombramiento, y no a una elección. Su retribución se realiza mediante remuneración presupuestal determinada, acorde al nivel jerárquico y a la responsabilidad; además, se le concede jubilación.

Otro elemento característico en el modelo weberiano es el escalafón, el cual permite al personal tener ascensos tanto en los puestos como en los salarios, conforme a la capacidad y a la antigüedad en el servicio. Esta tesis weberiana cobra importancia porque establece los dos procedimientos que desde el inicio de la burocracia moderna se han formado: el primero consiste en la separación entre los aspectos objetivos y subjetivos del funcionario, y el segundo, en la íntima relación de ambos aspectos.

Posteriormente, otros distinguidos autores han venido a teorizar sobre la burocracia, como Herman Finer, Michel Crozier, Harold Laski, Ludwig von Mises, Marshall E. Dimock, Robert K. Merton, Reinhard Bendix y Joseph La Palombara, siendo unos partidarios y otros impugnadores de las ideas de Max Weber sobre burocracia, aunque todos ellos utilizan su modelo como punto de partida de sus investigaciones acerca de ese tema.

3. *La burocracia en Colima*

No todo el que trabaja para el Estado o para un ente público forma parte de la burocracia, pues aun cuando comúnmente se tenga esta idea, en rigor debe excluirse a los militares y a los obreros, por ejemplo; así, aun cuando milite en un sindicato burócrata, no pertenece a la burocracia el personal de intendencia de las secretarías de Estado. En sentido lato, la burocracia está

integrada por el universo de empleados del sector público; pero en sentido estricto se excluye al personal militar, al obrero y al de intendencia.

La complejidad y la incoherencia del fenómeno burocrático colimense, y del fenómeno burocrático mexicano en general, se ponen de manifiestos en la multiplicidad de subsistemas en que se divide y en el número de ordenamientos jurídicos y éticos tendentes a regularlo, así como en la falta de un órgano coordinador, en esta materia, de los esfuerzos de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, para evitar las desigualdades abismales que existen en la remuneración y en las prestaciones de los servidores públicos que desempeñan la misma actividad en los referidos ámbitos competenciales.

La multiplicidad y la heterogeneidad de ordenamientos jurídicos normativos relativos a la relación laboral de los servidores públicos que integran la burocracia mexicana predicen la existencia de esa selva semántica y jurídica de que nos habla el maestro Miguel Duhalt Krauss, que pretende abarcar los distintos segmentos que la integran, el mayor de los cuales lo componen, en el estado de Colima, los servidores públicos de base adscritos a los tres poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a los municipios y a los organismos públicos descentralizados de éstos y del estado, cuyo régimen normativo lo forman el artículo 123 constitucional; la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas por México y otros veinte Estados el 29 de marzo de 1996; el artículo 79 de la Constitución Política del estado de Colima; la Ley de los Trabajadores al Servicio del Gobierno, de los Municipios y de los Organismos Descentralizados del Estado de Colima; la Ley Estatal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Colima.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN SURGIDA DEL EMPLEO PÚBLICO

La incorporación de las personas físicas al empleo público, y, por ende, al ejercicio de la función pública, provoca una relación jurídica entre el Estado y su funcionario o empleado, cuya naturaleza no ha logrado un consenso en la doctrina, dada la diversidad de teorías que tratan de explicarla. Acerca de ello, André de Laubadère hace notar lo siguiente:

El problema de la situación jurídica del funcionario público es doble: 1o. Se trata de saber si esta situación es de derecho público o de derecho privado; 2o. Por otra parte se trata de saber si el funcionario está dentro de una situación legal y

reglamentaria o dentro de una situación jurídica subjetiva, y especialmente si está ligado por una relación de carácter contractual a la colectividad pública que lo emplea.²³⁰

1. *Las teorías contractuales del derecho civil*

En sustitución de las teorías medievales que atribuyeron la incorporación al empleo público al usufructo, a la locación, a la donación o a la sucesión hereditaria, las teorías contractuales de derecho civil pretenden explicar la naturaleza jurídica de la relación que se da en el empleo público mediante diversas figuras contractuales, destacando las que la identifican como una relación propia de un contrato civil de mandato y las que la consideran en el esquema de un contrato de prestación de servicios.

A. *Teoría del contrato civil de mandato*

Conforme a la teoría que interpreta como resultado de un contrato civil de mandato a la relación del empleo público, ésta tiene los siguientes elementos:

- Consentimiento de las partes, expresado a través del nombramiento expedido por el ente público correspondiente del Estado mandante y de la aceptación del interesado.
- Representación del Estado mandante, al que pertenece el ente público correspondiente, por parte del mandatario para ejecutar por cuenta del primero los actos que le encomiende por conducto del ente público respectivo.
- Delegación de facultades del ente público mandante a favor del mandatario, fuera de las cuales la actividad de este último no obliga al mandante.
- Por tratarse de un contrato sinalagmático y oneroso, se generan obligaciones recíprocas de las partes; así, a cargo del mandatario se encuentra la obligación de representar al mandante en la ejecución de ciertos actos jurídicos, y a cargo del ente público, la de remunerar la actividad representativa del mandatario.

²³⁰ Laubadère, André de, *Traité de droit administratif*, 7a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, t. 2, pp. 23 y 24.

Lo erróneo de esta teoría se pone de manifiesto en el hecho de que muchos empleados públicos —por ejemplo, los oficinistas— no representan al Estado en la ejecución de actos jurídicos, y tratándose de funcionarios públicos de alta jerarquía, sus obligaciones no se reducen a las de representación, pues incluyen diversos servicios personales, lo cual demuestra que la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados no es resultado de un contrato civil de mandato.

B. *Teoría del contrato civil de prestación de servicios*

Rechazada la teoría del mandato, los civilistas propusieron la teoría del contrato civil de locación de servicios, que en México llamamos “de prestación de servicios”, para explicar la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados. Sin embargo, el contrato de prestación de servicios tampoco puede explicar esa relación, toda vez que en dicho contrato el prestador y el prestatario se ubican en un plano de igualdad y de libertad, lo que no ocurre en el caso del funcionario o del empleado público, pues quedan sometidos a un código de conducta obligatorio impuesto por el Estado, incluso fuera de su horario de labores. Por ello, como señalara el profesor argentino Benjamín Villegas Basavilbaso:

Esta teoría de origen exclusivamente civilista no es admitida por casi todos los autores, que encuentran con razón diferencias profundas entre la relación de empleo público y la locación de servicios. Como bien enseña Pietrozziello, la relación de empleo público, aunque tenga sus fuentes en la locación de obra, asume tales formas y tal desenvolvimiento que sale de los cauces de las normas tradicionales para adquirir una autonomía propia, que presenta en relación con aquella algunos elementos análogos, otros distintos y otros, en fin, nuevos o más complejos.²³¹

2. *Teoría del acto administrativo unilateral*

En los términos de la teoría del acto unilateral, también llamada “teoría estatutaria”, la teoría del acto administrativo unilateral sostiene que la sola voluntad unilateral del Estado, manifestada a través del nombramiento, basta para generar la relación entre éste y el empleado o funcionario público, porque, como dice Villegas Basavilbaso, “El consentimiento del individuo no

²³¹ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *op. cit.*, t. III, p. 293.

agrega al acto ningún elemento de bilateralidad. Es suficiente para la construcción y validez de la relación la manifestación de voluntad de la administración pública”.²³²

Contrapuesta a las teorías civilistas desarrolladas en torno a la naturaleza jurídica de la relación surgida del empleo público, surge en Alemania la teoría del acto unilateral del Estado, teoría que al paso del tiempo sufrió diversos cambios que la modificaron de manera importante. En su inicio, tal teoría tuvo como punto de partida la sumisión absoluta del agente público al Estado, por lo que se asignó a éste todos los derechos, dejando a cargo del funcionario o empleado todas las obligaciones de la citada relación, lo cual acusó su propósito de eliminar los derechos de sus agentes, situación incompatible con un Estado de derecho, cuya soberanía no le podía eximir de sus elementales deberes para con sus funcionarios y empleados.

Posteriormente, la teoría del acto unilateral o estatutaria reconoció a la ley como fuente de derechos para los agentes del Estado y, correlativamente, de deberes a su cargo, al admitir que la relación derivada del empleo público se basa en la obligación moral de los ciudadanos de servir al Estado, obligación que incluye la del desempeño de dicho empleo o función, lo que no elimina la libertad del ciudadano para aceptar o rechazar su ingreso al empleo público, y tampoco excluye el reconocimiento del Estado de los derechos del empleado o funcionario en reciprocidad de la actividad que habrá de desarrollar a su servicio.

Así pues, la naturaleza de la relación surgida del empleo público, conforme a la teoría del acto unilateral, lejos de ser contractual, es legal o reglamentaria, o, como dicen algunos autores, en cuya virtud:

El funcionario o empleado público queda sometido en todo momento a las normas jurídicas que regulan su actuación, o sea, a su estatuto jurídico.

Los deberes y derechos contenidos en el estatuto estarán vigentes en tanto no se modifique éste, sin que los funcionarios y empleados puedan oponerse a su eventual modificación.

Las normas contenidas en el estatuto no podrán dejar de observarse en beneficio o perjuicio de ningún funcionario o empleado, en razón del principio de legalidad y de la inderogabilidad singular de la norma jurídica.

La inobservancia del estatuto por parte del Estado es impugnabile ante la autoridad competente.

Como se podrá observar, la teoría estatutaria o del acto unilateral es insuficiente para explicar la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados, habida cuenta de que sin el consentimiento de tales servidores

²³² *Ibidem*, p. 302.

públicos no se podrá constituir dicha relación, lo cual significa que contra su voluntad nadie podrá ser funcionario o empleado público, excepto en los casos de jurados, cargos concejiles y demás previstos en el artículo 5o. constitucional.²³³

3. *Teoría del contrato administrativo*

Acorde con esta teoría, sostenida en algunos países, como Argentina, la relación establecida por el empleo público entre el Estado y su funcionario o empleado es de naturaleza contractual, mas no propia de un contrato civil, sino de un contrato administrativo, dada la desigualdad de las partes —Estado y funcionario o empleado público—, donde una de las cuales será invariablemente el Estado actuando en ejercicio de función administrativa, con fines de interés público y con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado. A este respecto, la docente de la Universidad Austral de Buenos Aires, María Paula Rennella, explica:

La teoría contractual de derecho público entiende que estamos ante un contrato administrativo, porque mientras el funcionario o empleado no acepta la designación no nace el vínculo entre él y el Estado... En esta línea, la tesis contractual, para poder sostener lo que de hecho sucedía y aún sucede en un Estado que necesita, en función del interés público que debe satisfacer, reorganizar sus estructuras, modificar condiciones de trabajo de los agentes públicos y hasta reducir sus remuneraciones, se apoyó en un concepto del contrato administrativo que ha sido sintetizado en la jurisprudencia de la Corte en el caso “Cinplast”, contrato que —según Marienhoff— tiene como potestad connatural la de un amplio *ius variandi*.²³⁴

4. *Teoría del contrato laboral*

No falta quien estime que la relación surgida del empleo público entre el Estado y el funcionario o empleado es de naturaleza contractual, pero niegue

²³³ Este precepto establece lo siguiente: “En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale”.

²³⁴ Rennella, María Paula, “Empleo público, naturaleza jurídica de la relación de empleo público y sus consecuencias”, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2005, pp. 249 y 250.

que el contrato respectivo sea civil o administrativo, por considerar que se trata de un contrato laboral. En este sentido, Alberto Trueba Urbina sostuvo:

Las relaciones entre el Estado y sus servidores, en nuestro país, dejaron de ser administrativas a partir del 1o. de mayo de 1917, en que entró en vigor nuestra Constitución, que hizo la primera declaración de derechos sociales de los trabajadores en general y específicamente de los empleados públicos y privados...

Las relaciones entre el Estado Federal, los Estados miembros y los Municipios y sus servidores, son de carácter social y por consiguiente éstos son objeto de protección y reivindicación en el artículo 123 y sus leyes reglamentarias, no debiendo confundirse la naturaleza social de esta relación con la función pública que realiza el Estado y sus servidores frente a los particulares.²³⁵

El derecho positivo mexicano adoptó, en opinión de algunos juristas, los criterios de la teoría del contrato laboral, a raíz de la expedición, el 5 de diciembre de 1938, del Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, por afirmarse en su correspondiente iniciativa que la relación jurídica surgida del empleo público entre el Estado y sus servidores sería una relación de trabajo.²³⁶

Otros autores matizan la teoría del contrato laboral al ubicar su naturaleza dentro del derecho burocrático; por ejemplo, el doctor Carlos A. Morales Paulín afirma: “Diversas disciplinas jurídicas se han disputado el tratamiento de la relación laboral del Estado patrón con sus empleados, sin embargo del recorrido realizado podemos concluir que el trabajo burocrático constituye un trabajo especial del derecho del trabajo”.²³⁷

5. Teoría del acto-condición

Otra corriente doctrinaria sostiene que la relación establecida en el empleo público no es de naturaleza contractual ni es producto de un simple acto unilateral del Estado, sino que se trata de un acto-condición, en cuya virtud un sujeto se inserta en una situación general estatutaria preexistente, mediante una manifestación de voluntad realizada por un órgano competente del Estado, a través de un nombramiento que, junto con su correspondiente aceptación, configura la condición de aplicación al caso individual de cualquier funcionario o empleado público, de la condición general estatuta-

²³⁵ Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 596.

²³⁶ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972, p. 643.

²³⁷ Morales Paulín, Carlos A., *Derecho burocrático*, México, Porrúa, 1995, p. 523.

ria preexistente para todos ellos. En opinión del profesor argentino Manuel María Díez, el acto-condición

Es una manifestación de voluntad, en ejercicio de un poder legal, que inviste a una persona de una situación general, impersonal y objetiva, de un *status* legal preexistente o hace regular el ejercicio de un poder legal, de una competencia preexistente. Estos actos son la condición de aplicación de un *status* o de una competencia.²³⁸

De esta suerte, el acto-condición permite que una persona física se incorpore a la situación general estatutaria preexistente que regula la relación entre el Estado y sus funcionarios y empleados, con todos los derechos y obligaciones que ello entraña; dicho de otra manera: el que un individuo se convierta en funcionario o empleado público queda condicionado a que el Estado le extienda el nombramiento y el interesado lo acepte.

Por tanto, de acuerdo con la teoría del acto-condición, la incorporación de un sujeto al empleo público no requiere de la celebración de contrato alguno, habida cuenta de que las obligaciones y derechos que los sujetos de esa relación adquieren en razón de ella están predeterminados estatutariamente en el ordenamiento jurídico; empero, no basta, para tal efecto, la designación hecha mediante un acto unilateral del Estado, porque, salvo que se trate de los agentes públicos no voluntarios a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 5o. constitucional, a nadie se le puede obligar a ser funcionario o empleado público.

6. Teoría legalista

La más pragmática de todas las teorías que tratan de determinar la naturaleza jurídica surgida del empleo público entre el Estado y sus servidores públicos es la teoría legalista, porque, en el ámbito territorial de aplicación de la ley que determine la naturaleza de dicha relación, ésta se regulará como el ordenamiento legal la considere, independientemente de su razón o de su sinrazón. Es decir, la naturaleza jurídica de la relación que genera el empleo público entre empleador y empleado será la que la ley diga.

7. Teoría del acto mixto

A la luz de la teoría del acto mixto, la naturaleza de la relación existente en el empleo público entre el Estado y sus servidores públicos no es explicable

²³⁸ Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, cit., p. 149.

simple y llanamente como un acto contractual o administrativo unilateral, o como una situación estatutaria concretada por un acto-condición, sino que se trata de un acto mixto, habida cuenta de que en él se puede distinguir una parte estatutaria preexistente, otra parte consistente en un acto administrativo unilateral, y una última parte de naturaleza contractual y administrativa.

III. EL EMPLEO PÚBLICO EN EL ORDEN JURÍDICO COLIMENSE

La naturaleza jurídica de la relación surgida del empleo público en el estado de Colima no está definida en los ordenamientos que la regulan, entre los cuales destacan el artículo 123 constitucional; la Constitución Política del estado de Colima; la Ley de los Trabajadores al Servicio del Gobierno, Ayuntamientos y Organismos Descentralizados del Estado de Colima; la Ley Estatal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Colima.

A la luz de la Ley de los Trabajadores al Servicio del Gobierno, Ayuntamientos y Organismos Descentralizados del Estado de Colima, podemos distinguir en el universo de servidores públicos del estado de Colima y de sus municipios a tres grupos distintos de servidores públicos: de confianza, de base y supernumerarios.

1. *Los servidores públicos de confianza*

En los términos del artículo 6o. de la Ley de los Trabajadores al Servicio del Gobierno, Ayuntamientos y Organismos Descentralizados del Estado de Colima, son trabajadores de confianza todos aquellos que desarrollen funciones de dirección, inspección, vigilancia o fiscalización, cuando tengan el carácter general, y también aquellos cuyo desempeño requiera confiabilidad. La categoría de trabajadores de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas, y no de la designación que se le dé al puesto.

Los servidores públicos de confianza carecen del derecho a la estabilidad en el empleo; entre ellos, la doctrina distingue dos categorías: los servidores públicos de libre designación y los del servicio civil de carrera. Al respecto, el artículo 52, fracción II, párrafo tercero, de la Ley antes citada señala que “los servidores públicos de las dependencias nombrarán y removerán libremente a los trabajadores de confianza y a los eventuales que desempeñen esas funciones”.

El personal del servicio civil de carrera

En teoría, anima al servicio civil de carrera el propósito de lograr la profesionalización de cierto sector de los servidores públicos adscritos a las instituciones públicas, a fin de garantizar la continuidad y el funcionamiento efectivo de las mismas, mediante el desempeño de las tareas de los miembros de dicho servicio, con apego a los principios de legalidad, honradez, objetividad, imparcialidad y profesionalismo.

El servicio civil de carrera entraña la profesionalización de los servidores públicos basada en requisitos específicos de ingreso, permanencia y ascenso, que reconocen y valoran los méritos, lo que implica “que las personas que ingresen al servicio público consideren el desempeño como una profesión no como un empleo”;²³⁹ incluye, por tanto, un proceso de formación profesional integral que conlleva una permanente capacitación y actualización, por lo que puede entenderse como un sistema regulador del ingreso, permanencia y promoción, fundado en el desempeño y en la capacidad de los profesionales.

La finalidad del servicio civil de carrera consiste, pues, en profesionalizar a los servidores públicos a efecto de dar continuidad a los programas del sector público, para lo cual se requiere propiciar la permanencia en el empleo de ciertos servidores públicos, a condición de que se capaciten y se mantengan actualizados en el desempeño idóneo de las tareas a su cargo, habida cuenta de que se trata de servidores públicos especializados, ubicados en los mandos medios y en los inmediatos a los mandos superiores del aparato burocrático. Respecto de la preparación de tales servidores públicos, el doctor Guillermo Haro Bélchez hace notar que “El objetivo específico de la política de capacitación, adiestramiento y formación es brindar conocimientos teóricos y prácticos al personal directivo, técnico y operativo del sistema, además de impulsar su profesionalización”.²⁴⁰

Con un enfoque sistémico, se pueden determinar como elementos del servicio civil de carrera a los siguientes:

- Un elemento normativo, consistente en la ley o estatuto que lo rige.
- Un elemento meritorio para la selección, permanencia y ascenso del personal, consistente en el catálogo de méritos que deben tomarse en cuenta, con determinación del valor de cada uno de ellos.

²³⁹ Cisneros Guzmán, Raúl, “El servicio civil: requisito de la administración pública para el siglo XXI”, *Estudios Políticos. Revista de Ciencia Política*, México, sexta época, núm. 25, septiembre-diciembre de 2000, p. 167.

²⁴⁰ Haro Bélchez, Guillermo, *Servicio público de carrera*, México, INAP-Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 224 y 225.

- Un esquema de permanencia en el empleo, basado en la calidad de desempeño.
- Una clasificación sistematizada de puestos.
- Un tabulador de puestos con inclusión de los correspondientes salarios.
- Un programa de capacitación y desarrollo de personal.

En el estado de Colima no existe una ley que regule el servicio civil de carrera, aun cuando en el ámbito municipal la Ley del Municipio Libre del Estado de Colima incluye en el inciso *k* de su artículo 45 la facultad de los ayuntamientos de “Introducir métodos y procedimientos en la selección y desarrollo del personal, que propicien la institucionalización del servicio civil de carrera municipal”, por lo que todas las personas que presten sus servicios en cargos de confianza forman parte del personal de libre designación, dado que el servicio civil de carrera municipal no se ha institucionalizado.

2. *Los servidores públicos de base*

Una de las peculiaridades que la doctrina atribuye a los servidores públicos de base es la de su inamovilidad en el empleo, después de seis meses de servicios sin nota desfavorable en su expediente. La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado coincide en este aspecto con la doctrina, al disponer en su artículo 6o. que son trabajadores de base los no considerados como trabajadores de confianza en términos del artículo 5o. de esta Ley y que, por ello, serán inamovibles; establece, sin embargo, que los de nuevo ingreso no serán inamovibles, sino después de seis meses de servicios sin nota desfavorable en su expediente.

Por su parte, la Ley de los Trabajadores al Servicio del Gobierno, Ayuntamientos y Organismos Descentralizados del Estado de Colima, que rige la relación laboral entre el estado, los municipios y los organismos públicos descentralizados con sus trabajadores de base, reconoce el derecho de dichos trabajadores a la estabilidad en el empleo, al disponer en su artículo 9o. lo siguiente:

Los trabajadores de base serán inamovibles. Se entiende por inamovilidad el derecho que gozan los trabajadores a la estabilidad en su empleo y a no ser separado sin causa justificada. Los de nuevo ingreso no lo serán sino después de transcurridos seis meses ininterrumpidos de servicio, habiéndose desempeñado eficientemente en sus labores encomendadas.

3. *Los trabajadores supernumerarios*

La referida Ley del estado de Colima señala en su artículo 11 que son trabajadores supernumerarios los interinos, los provisionales, así como los incorporados por tiempo determinado y por obra determinada.