

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO

EL EMPLEO PÚBLICO

El *Diccionario de la lengua española* entiende como empleo a la ocupación; por lo que si esa ocupación o trabajo se desarrolla en el ámbito gubernamental del Estado, el empleo será público, y de lo contrario se habrá de considerar privado.

Existe una fuerte vinculación del empleo público con la idea de función pública, que es la 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 estatales, 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; para que éstas 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 aquélla 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.²⁶⁹

²⁶⁹ *Informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Primera Sala, México, 1959, p. 36.

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 algunos 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 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 un carácter 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 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 misma. 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 organizaciones 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 que ponen de manifiesto su índole de producto social, es decir, el fenómeno burocrático se produce a resultados 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 al tiempo de la monarquía, primera estructura política institucional de Roma. Al lado del rey figuraban como colaboradores allegados el *prefectus urbi*, quien lo 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 la burocracia derivada de sus conquistas territoriales, 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, obtener honores, posiciones y prestigio social, es lo que permite identificarla.

Entre las principales características de dichas magistraturas figuraban la pluralidad de titulares, a partir de cuando 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; 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.²⁷⁰

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 aquélla, como pilar insustituible del Estado moderno. 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.²⁷¹

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 esta institución al crear la burocracia de cuello duro, censurando 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, opuestos 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 atribuye el origen de la fuerza y del poder, lo que apuntala con un aná-

²⁷⁰ Petit, Eugenio, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Ferrández González, México, Editora Nacional, 1966, pp. 12-26.

²⁷¹ García-Trevijano Fos, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo*, 2a. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, t. III, vol. I, pp. 37 y 38.

lisis 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.

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”.²⁷²

En opinión de este autor, 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.

Este modelo burocrático se funda en una serie de premisas, que cuando se producen nos ubican frente a un régimen de dominación racional basado en tres proposiciones básicas: reparto de competencias, poderes coactivos determinados por la norma, y personal con aptitudes absolutamente definidas.²⁷³

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: 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.

²⁷² Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. de José Medina Echavarría, México, FCE, 1964, pp. 117 y 118.

²⁷³ Weber, Max, *¿Qué es la burocracia?*, Buenos Aires, Editorial La Pléyade, 1977, pp. 9-12.

— Capacidad de los funcionarios: la típica estructura administrativa de las organizaciones sólo la integrarán quienes acrediten mediante las pruebas respectivas, estar profesionalmente capacitados.

— 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, 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 de este modelo es el escalafón, el cual permite al personal, 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, y consiste, el primero, 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, entre otros, Herman Finer, Michel Crozier, Harold Lasky, Ludwig von Mises, Marshall E. Dimock, Robert K. Merton, Reinhard Bendix y Joseph La Palombara; unos partidarios, y otros, impugnadores de las ideas de Max Weber sobre burocracia, pero todos ellos utilizan su modelo como punto de partida en las investigaciones que realizan sobre el tema.

3. La burocracia en el estado de México

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 e incoherencia del fenómeno burocrático mexiquense, y mexicano en general, se pone de manifiesto en la multiplicidad de subsistemas en que se divide y en ordenamientos jurídicos y éticos tendientes a regularlo, así como en la falta de un órgano coordinador en la materia que articule y coordine adecuadamente los esfuerzos de la Federación, las entidades federativas y los municipios para evitar las desigualdades abismales que existen en la remuneración y prestaciones de los servidores públicos, que desempeñan la misma actividad en los referidos ámbitos competenciales.

La multiplicidad y heterogeneidad de ordenamientos jurídicos relativos a la relación laboral de los servidores públicos que integran la burocracia mexicana predica la existencia de esa selva semántica y jurídica de la cual nos habla el maestro Miguel Duhalt Krause, que pretende abarcar los distintos segmentos que la integran.

En el estado de México, los servidores públicos de base adscritos a los poderes Legislativo, Ejecutivo (que comprenden sus organismos públicos descentralizados), Judicial, órganos constitucionales autónomos, y los servidores públicos de los municipios (incluyendo sus entidades paramunicipales), integran la estructura burocrática estatal, cuyo régimen normativo se encuentra previsto fundamentalmente en el artículo 123 constitucional, en la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas por nuestro país y otros veinte Estados el 29 de marzo de 1996, en el artículo 147 de la Constitución Política local,²⁷⁴ en la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado y los Municipios, en la Ley de Responsabilidades Administrativas del Estado de México y Municipios, en la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México, y en los reglamentos municipales del servicio profesional de carrera policial.

²⁷⁴ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México: “Artículo 147.- El Gobernador o Gobernadora, los Diputados o Diputadas, y los Magistrados o Magistradas de los Tribunales Superior de Justicia y de Justicia Administrativa del Estado de México, los miembros del Consejo de la Judicatura, los trabajadores y trabajadoras al servicio del Estado, las y los integrantes, y las y los servidores de los organismos constitucionalmente autónomos, así como los miembros de los ayuntamientos y demás servidores públicos municipales recibirán una retribución adecuada e irrenunciable por el desempeño de su empleo, cargo o comisión, que será determinada en el presupuesto de egresos que corresponda”.

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 lo cual André de Laubadère hace notar que

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.²⁷⁵

1. *Las teorías contractuales del derecho civil*

En sustitución de las teorías medievales que atribuyeron la incorporación al empleo público del usufructo, la locación, la donación o 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, 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*

La teoría que interpreta como resultado de un contrato civil de mandato a la relación del empleo público cuenta con 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.

²⁷⁵ Laubadère, André, *Traité de droit administratif*, 7a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, t. II, pp. 23 y 24.

— 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; a cargo del mandatario la 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.

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 aquéllos 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, en virtud de que 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 ente estatal, incluso fuera de su horario de labores. Por ello, como señala 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.²⁷⁶

²⁷⁶ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, cit., t. III, p. 293.

2. *Teoría del acto administrativo unilateral*

En los términos de la teoría del acto administrativo unilateral, también llamada “teoría estatutaria”, se sostiene que la sola voluntad 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 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”.²⁷⁷

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, que al paso del tiempo sufrió diversos cambios que la modificaron de manera importante; en su inicio tuvo como punto de partida la sumisión absoluta del agente público al ente estatal; asignó a este último todos los derechos, dejando a cargo del funcionario o empleado 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 aquéllos.

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 a aquél, 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 mismo, ni 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

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

b) 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.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 302.

c) 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.

d) 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 que sin el consentimiento de tales servidores públicos no se podrá constituir dicha relación, lo cual significa que contra su voluntad nadie podrá fungir con tal o cual carácter, excepto en los casos de jurados, cargos concejiles y demás previstos en el artículo 50. constitucional.²⁷⁸

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 sus funcionarios o empleados es de naturaleza contractual, mas no propia de un contrato civil, sino de un contrato administrativo, dada la desigualdad de las partes, en donde una 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

²⁷⁸ Este precepto establece que “...En cuanto a los servicios públicos, solo 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 aquellas 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 esta señale...”.

caso “Cinplast”, contrato que —según Marienhoff— tiene como potestad connatural la de un amplio *ius variandi*.²⁷⁹

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 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 1.º 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.²⁸⁰

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.²⁸¹

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”.²⁸²

²⁷⁹ Renella, 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.

²⁸⁰ Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 596.

²⁸¹ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972, p. 643.

²⁸² Morales Paulín, Carlos A., *Derecho burocrático*, México, Porrúa, 1995, p. 523.

5. *Teoría del acto-condición*

Otra corriente doctrinaria sostiene que la relación establecida en el empleo público es la relativa a un acto-condición, que no es de naturaleza contractual ni tampoco es producto de un simple acto unilateral del Estado, pues mediante aquél el sujeto se inserta en una situación general estatutaria preexistente, mediante una manifestación de voluntad realizada por el órgano estatal competente 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, esto es, de la condición general estatutaria 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.²⁸³

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 que las obligaciones y derechos que genera esa relación 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

²⁸³ Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, cit., p. 149.

públicos es la teoría legalista, porque en el ámbito territorial de aplicación de la ley que determine la naturaleza de dicha relación 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 lo 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 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 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 MEXIQUENSE

La naturaleza jurídica de la relación surgida del empleo público en el estado de México no se encuentra definida en los ordenamientos que la regulan; no obstante lo anterior, en los términos del artículo 6 de la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios, éstos se clasifican en dos categorías: servidores públicos generales y servidores públicos de confianza.

1. *Los servidores públicos de confianza*

De acuerdo con el artículo 8 de la citada Ley, se entiende por servidores públicos de confianza

I. Aquellos cuyo nombramiento o ejercicio del cargo requiera de la intervención directa del titular de la institución pública, del órgano de gobierno o de los organismos autónomos constitucionales; siendo atribución de éstos su nombramiento o remoción en cualquier momento;

II. Aquéllos que tengan esa calidad en razón de la naturaleza de las funciones que desempeñen y no de la designación que se dé al puesto.

Son funciones de confianza: las de dirección, inspección, vigilancia, auditoría, fiscalización, asesoría, procuración y administración de justicia y de

protección civil, así como las que se relacionen con la representación directa de los titulares de las instituciones públicas o dependencias, con el manejo de recursos, las que realicen los auxiliares directos, asesores, secretarios particulares y adjuntos, choferes, secretarias y demás personal operativo que les sean asignados directamente a los servidores públicos de confianza o de elección popular, así como aquellas que se desempeñen por mandato de la norma que rigen las condiciones de trabajo de la institución pública.

Sin que lo anterior implique o signifique transgredir derechos laborales, sociales o colectivos adquiridos por los trabajadores.

No se consideran funciones de confianza las de dirección, supervisión e inspección que realizan los integrantes del Sistema Educativo Estatal en los planteles educativos del propio sistema.

2. *Los servidores públicos de base*

De lo dispuesto en los artículos del 11 al 15 de la ley en cita, se puede inferir que los servidores públicos del estado de México y sus municipios que no son de confianza; son servidores públicos de base.

IV. ESTABILIDAD DEL PERSONAL DE CONFIANZA EN EL EMPLEO PÚBLICO

A diferencia de los servidores públicos de base, los 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 inscritos en el 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, para garantizar la continuidad y el funcionamiento efectivo de las mismas con apego a los principios de legalidad, honradez, objetividad, imparcialidad y profesionalismo.

El servicio civil de carrera entraña la profesionalización y cierta estabilidad 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”,²⁸⁴ incluye, por tanto, un proceso

²⁸⁴ Cisneros Guzmán, Raúl, “El servicio civil: requisito de la administración pública para el siglo XXI”, *Estudios Políticos. Revista de Ciencia Política*, México, UNAM, sexta época, núm. 25, septiembre-diciembre de 2000, p. 167.

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 capacidad profesionales.

La finalidad del servicio civil de carrera consiste, pues, en profesionalizar a los servidores públicos a efecto de dar continuidad a los programas gubernamentales, para lo cual se requiere propiciar la permanencia en el empleo de aquéllos, a condición de que se capaciten y se mantengan actualizados en el desempeño idóneo de las tareas a su cargo, habida cuenta que se trata de servidores 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”.²⁸⁵

Con un enfoque sistémico, se pueden determinar como elementos del servicio civil de carrera, 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.
- 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 México, el servicio civil de carrera es regulado a través de reglamentos expedidos por diversas áreas del sector público como es el caso; con ese propósito se expidió, por ejemplo, el Reglamento del Servicio de Carrera por el que se Regula el Consejo de Profesionalización y la Comisión de Honor y Justicia de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México.

²⁸⁵ Haro Bélchez, Guillermo, *Servicio público de carrera*, México, INAP-Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 224 y 225.