

LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES POR EL SECTOR PÚBLICO Y LA INICIATIVA PRIVADA COMO UN MEDIO DE NEGAR EL ACCESO A LA JUSTICIA

LUIS ENRIQUE DÍAZ MIRÓN SALCEDO

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

*Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América.
4 de julio de 1776*

SUMARIO: *Introducción. 1. Diferencia entre derecho humano de acceso a la justicia, su tutela o garantía, la posibilidad de reclamar una prestación legal y la decisión de presentar un reclamo. 2. La ley laboral en México, la ilusión de la igualdad. 3. Regímenes especiales... "Pero algunos son más iguales que otros". 4. ¿A qué persona se le aplica cuál ley? Datos estadísticos oficiales. 5. La utilización de un medio lícito, para un fin ilícito. 6. Los motivos de la simulación en la iniciativa privada. 7. Los motivos de la simulación en sector público. 8. Conclusión, la posibilidad o imposibilidad de acceso a la justicia. Bibliografía.*

RESUMEN: Artículo que estudia algunas diferencias en la legislación laboral de la iniciativa privada frente a la legislación laboral burocrática y que se concentra en los tipos de contratación de

personal en la administración pública, tanto subordinado, como de servicios profesionales o independientes bajo una perspectiva de un acceso adecuado a la justicia y para distinguir cuando la administración pública utiliza esquemas de contratación diversos del laboral para utilizar los servicios de personas que por sus funciones, deberían de considerarse como empleados y no prestadores de servicios. Sirven de base para el artículo tanto la legislación vigente, así como los criterios jurisprudenciales para la interpretación de la ley y datos estadísticos de ocupación y empleo proporcionados por el estado a través del órgano oficial de difusión de información estadística.

ABSTRACT: Breve studio tra alcune differenze nella legislazione del lavoro dell'iniziativa privata contro il diritto del lavoro nel settore pubblico. Si concentra i studio sui tipi di contratti di personale nella pubblica amministrazione, sia il servizio subordinato, o come professionisti indipendenti, sotto un punto di vista de un adeguato accesso alla giustizia e di distinguere quando la pubblica amministrazione utilizza vari schemi di contratti di personale per utilizzare i servizi di laboratori le cui funzioni non devono essere considerati come indipendenti ma come veramente dentro di un rapporto di lavoro. L'articolo si basa sulla legislazione ed i criteri di legge per l'interpretazione giudiziaria, anche delle statistiche di occupazione da parte dello Stato attraverso la pubblicazione ufficiale di informazioni statistiche.

ABSTRACT: Brief study of differences between the regulation of labor and employment law in the private sector vis a vis the public sector, that centers upon the different types of contracts for personnel, either as employees or as services providers or external suppliers with a perspective of adequate access to justice and to be able to determine or distinguish whether the public sector utilizes contractual schemes to use personal services under an external supplier form when as per work performed there should be an employment relationship. The grounds for the article stand on standing regulation, court precedents that give a binding interpretation of the law and official statistical information provided by the official Mexican statistical information entity.

PALABRAS CLAVE: Derecho Laboral, Derecho Humano Laboral, Acceso a la Justicia, Debido Proceso, Empleado, Patrón, Presta-

dor de Servicios, Simulación, Constitución Política, Legislación Laboral, Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio de Estado, Empleados de Base, Empleados de Confianza, Contratos de Prestación de Servicios Profesionales, Contrato de trabajo, Nombramiento, Honorarios, Salarios, Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo.

PAROLE CHIAVE: Diritto del Lavoro, Diritti Umani del Lavoro, Accesso alla Giustizia, Processo Dovuto, Dipendente, Datore di Lavoro, Fornitore di Servizi, Simulazione Giuridiche, Costituzione Politica, Legislazione del Lavoro, Dipendenti Base, Dipendenti Fiducia, Contratto di Lavoro, Designazione, Onorari.

KEYWORDS: Labor Law, Labor Human Right, Access to Justice, Due Process, Employee, Employer, Service Provider, Simulation, Political Constitution, Labor Legislation, Federal labor law, Federal Public Employees Law, Base Employees, Trust Employees Professional Services Provision Agreement, Employment Agreement, Designation, Honorariums, Wages, National Employment and Occupation Poll.

INTRODUCCIÓN ENTÉRESE SEÑOR LECTOR

Los artículos especializados tienden a ser áridos y muy técnicos, si el lector lee el título del presente trabajo puede sentirse desmotivado a adentrarse en sus vericuetos, sin embargo, debe tenerse en cuenta *que todas las personas que transitamos por la tierra necesariamente en un punto de nuestras vidas seremos empleados o patrones de otra persona*, y los supuestos que aquí se comentan pueden muy fácilmente ser en los que usted se encuentre en algún punto de su vida.

Si, efectivamente tenemos el derecho a buscar la felicidad, como lo proyectaron los constituyentes estadounidenses en el siglo XVIII, el modo en que logramos nuestro perfeccionamiento personal y nos hacemos de los medios para alcanzar esa meta es precisamente *EL TRABAJO*, y *lo que hacemos para dar a nuestra existencia, nuestra familia y*

nuestra sociedad un valor socialmente redimible. A veces somos empleados, a veces somos patronos, o somos dueños independientes que prestamos servicios profesionales o técnicos por nuestra cuenta, pero no siempre la categoría es clara, y muchas veces una persona que debería ser empleado y tener prestaciones laborales no cuenta con ese beneficio por estar contratada “por honorarios, asimilada a salario” o bajo un contrato de prestación de servicios profesionales.

¿Tenemos su atención? Además de tener la calidad de trabajador o patrón, el lector debe de saber que nuestros sistemas jurídicos están en un nivel de desarrollo en el que el reconocimiento de la dignidad humana¹ hace preeminente el reconocimiento y la protección de Derechos Humanos, al grado que se reconocen y protegen Derechos Humanos que aquí comentaremos como el *derecho a un juicio conforme a reglas previamente determinadas y conforme a términos predeterminados*, así como a *tener un acceso efectivo a la justicia*. **Usted es el beneficiario y el motivo de estos derechos.**

El presente trabajo pretende tener en primer lugar un alcance informativo, que el lector se entere de los diversos sistemas existentes de regulación de relaciones de trabajo en México; que en México *no todas las personas son iguales ante la ley*, ya lo decía George Orwell en su sátira política, “**TODOS LOS ANIMALES SON IGUALES, PERO ALGUNOS ANIMALES SON MÁS IGUALES QUE OTROS**”,² o quizás se podría decir que *dependiendo qué tipo de patrón se*

¹ Carbonell, Miguel, “Los Derechos Humanos en México”, México, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C.V., 2015, p. 13. El Doctor Carbonell refiere en el texto referido que “a partir de la Segunda Posguerra Mundial se afirma una corriente de pensamiento que sitúa a la dignidad humana en el centro del sistema jurídico, pero concibiéndola más allá de las normas”.

² Orwell, George, *Rebelión en la granja*, trad. de Gabriela Corral Dueñas, Santiago-Chile, Edición Digital, S.A., 2014, pos. 1566. Fragmento cúspide de la historia en la que se institucionaliza en la granja una *igualdad desigual*.

tiene, se sabrá qué tipo de ley se aplica, o si inclusive, si no tiene protección de ley alguna, como lo haremos notar más adelante dentro del presente trabajo. En segundo lugar, la finalidad de este artículo es destacar esas áreas de oportunidad o de riesgo³ en donde por un lado legalmente se ha *institucionalizado la desprotección* de ciertas personas y por otro lado se ha intentado vulnerar sus derechos con esquemas de contratación que buscan negar sus derechos laborales.

1. DIFERENCIA ENTRE DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA, SU TUTELA O GARANTÍA, LA POSIBILIDAD DE RECLAMAR UNA PRESTACIÓN LEGAL Y LA DECISIÓN DE PRESENTAR UN RECLAMO

Siguiendo la clave establecida en el subtítulo, es pertinente hacer una primera distinción técnica pero que resulta importante para el entendimiento del presente trabajo, una cosa es el RECONOCIMIENTO de los derechos humanos, mientras que otra diversa es LA TUTELA de los mismos derechos. En México, el reconocimiento de los derechos humanos está contemplado por el artículo 1º de la Constitución Política⁴ y, por otro lado, existe la obliga-

³ Depende si se ve de la perspectiva del Estado o del particular.

⁴ Artículo 1o. *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Se hace notar que la imperante teoría constitucional provocó que de hecho se modificara el texto constitucional para que la Constitución expresara que RECONOCE, y no que OTORGA derechos humanos, en línea con lo que expone José René Olivos Campos en el siguiente sentido: “Los derechos humanos se entienden como el conjunto de atributos y prerrogativas que tiene todo integrante del género humano. Referidos derechos son anteriores y superiores a la sociedad, así como a cualquier forma de organización y ejercicio de poder público. En consecuencia, los derechos humanos no son producto ni creación de las instituciones estatales. Éstas sólo los pueden reconocer, garantizar y hacer que se observen para*

ción del Estado de que esos derechos humanos reconocidos puedan hacerse efectivos por todas las personas, tal como lo contempla el mismo artículo 1º Constitucional en su tercer párrafo⁵ al imponer a las autoridades, en el ámbito de sus competencias, la obligación de garantizar los derechos humanos. Con esto podemos distinguir que la garantía es lo que hace efectivo el derecho, pero no el derecho en sí.

Con lo anterior, ya nos aproximamos más a la materia teórica del estudio, *el acceso a la justicia*. Como tal, este acceso es un derecho humano y su reconocimiento está expresamente contemplado en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Mexicana en el siguiente sentido:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

Entonces, el derecho de acceso a la justicia está garantizado por medio de la administración de justicia por tribunales competentes y conforme a un procedimiento rápido, con reglas y en plazos previamente establecidos,⁶ siendo esto equivalente a lo que en Estados Unidos se conoce como el derecho de *due process*.⁷

su cabal cumplimiento". (Ver, Olivos Campos, José René, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 3.

⁵ Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

⁶ En el mismo sentido ver: Olivos Campos, José René, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 183.

⁷ *Due process: The conduct of legal proceedings according to established rules and principles for the protection and enforcement of private rights, including notice, and the right to a fair hearing before a tribunal with the power to decide the case.* Garner, Bryan

En este punto ya hemos distinguido entre el *derecho humano de acceso a la justicia*, con el *deber del Estado de garantizar* que pueda hacerse efectivo ese derecho. Ahora bien, es pertinente hacer una nueva distinción, que por ser jurídicamente técnica la hace hermosa a los ojos del operador jurídico, aunque inocua a los ojos de cualquier persona más ocupada de su felicidad que de la ciencia jurídica. Esta distinción deriva del hecho que *no por existir el reconocimiento de un derecho humano, y la garantía para tu salvaguarda, per se, hace efectivo el derecho de acceso a la justicia para una persona*. Lo anterior, porque aún con la existencia del derecho humano, y de la garantía que proporciona el Estado para hacerla efectiva, la persona que resiente la violación de un derecho, ya sea por la autoridad o por un particular, para lograr que se haga efectivo su derecho de acceso a la justicia, debe de tener a su alcance por un lado, una acción en sentido jurídico que sirva como llave jurídica para echar a andar el proceso administrativo/judicial de garantía de su derecho, y por otro lado, la actitud material física y jurídica de presentar una pretensión procesal que necesariamente implica acción en sentido material del particular. Como se ve, la autoridad de manera genérica y en sus diversas competencias lleva un rol determinante tanto como posible violador de un derecho (autoridad administrativa), como tutor del proceso de administración de justicia (autoridad jurisdiccional), y como responsable de que los ciudadanos tengan una acción legal o un medio de reclamo de una pretensión (autoridad legislativa), pero se requiere indubitablemente (por lo menos por lo que hace al derecho a un debido proceso o de acceso a la justicia) que la persona beneficiaria

A., (Editor) *Black's Law Dictionary*, Edición en inglés, Estados Unidos de América, Thomson West, 2004, pp. 538-539.

del derecho *eche a andar el mecanismo de garantía para hacer efectivo el derecho.*

Permítaseme explicar todo lo anterior con un ejemplo que se va aproximando a la materia práctica del trabajo:

Si una persona que considera que era un empleado de otra, y que ha sido privada de su empleo injustamente, tiene a) el derecho humano a poder acceder a una instancia jurisdiccional que determine si efectivamente sufrió ese agravio, este derecho está garantizado por b) el procedimiento ordinario contenido en la Ley Federal del Trabajo, misma que regula el procedimiento ordinario laboral y contempla c) las acciones que tiene el agraviado para reclamar ya sea una indemnización por despido o que se le reinstale en su trabajo; prestaciones jurídicas que la persona agraviada reclamará y particularizará al momento de d) presentar su demanda o la pretensión procesal como una "declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la demanda".⁸

Ahora bien, este ejemplo se desprende de un caso genérico de naturaleza laboral, pero la realidad puede tener muchas aristas y el acceso a la justicia no se agota con poder acceder al procedimiento, sino que como lo expone Karlos Castilla,⁹ este acceso debe de estar *libre de obstáculos o barreras* y aparte se deberá de llegar de manera pronta a una conclusión que dirima de manera total e imparcial la controversia planteada, barreras que pueden ubicarse en todos los diversos ámbitos o competencias de la autoridad.

Castilla, tomando como guía en gran parte el trabajo de Mauro Cappelletti,¹⁰ considera diversos criterios de obstáculos o barreras al acceso a la justicia, tales como desigualdad y desprotección a grupos vulnerables; normas inadecuadas, anticuadas o anacrónicas que niegan formalmente el acceso a la justicia; procesos formalistas que dificultan un fácil acceso o interpretaciones judiciales restrictivas que limitan el acceso a la justicia; falta real o alegada de recursos por parte de la autoridad tutelar del proceso que hace lento y tedioso el procedimiento; ausencia de credibilidad en las instituciones administradoras de justicia, entre otros que no consideramos tan pertinentes al presente trabajo, y yo añadiría una posible barrera más consistente en la *contractual o la utilización de mecanismos contractuales que limiten el disfrute de derechos y pretendan negar la legitimación activa para presentar una pretensión procesal.* En otras palabras, y adelantando lo que será materia de análisis, la *contratación de personas bajo un régimen civil de prestación de servicios profesionales pretendiendo negarles derechos laborales o que puedan promover una demanda con la calidad de trabajadores.*

En cuanto a las barreras mencionadas y particularmente a la barrera que arriba identifiqué como contractual, regresaremos con detalle más adelante, primero vamos a distinguir entre los diversos regímenes laborales que se aplican en México.

⁸ Guimarás Ribeiro, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, España, J. M. Bosch Editor, 2004, p. 115.

⁹ Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso Efectivo a la Justicia*, México, Porrúa, 2012, pp. 35-39.

¹⁰ Ver: Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo, La justicia social: acceso a la justicia y responsabilidad del jurista en nuestra época*, Facultad de Derecho UNAM-Porrúa, México, 2007, pp. 418-419.

2. LA LEY LABORAL EN MÉXICO, LA ILUSIÓN DE LA IGUALDAD

De manera general, el derecho laboral en México ha sido para los juristas del siglo XX, tanto en México como en el mundo, un emblema, un símbolo de inclusión y de justicia social, ya que como lo narra el maestro Mario de la Cueva.¹¹

En el derecho del trabajo, la justicia dejó de ser una fórmula fría, aplicada a las relaciones externas entre los hombres, y se convirtió en la manifestación de las necesidades y de los anhelos del hombre que entrega su energía de trabajo al reino de la economía. El derecho del trabajo de la *Revolución social mexicana* quiso ser el mensajero y el heraldo de un mundo nuevo en el cual el trabajador sería elevado a la categoría de persona, no para quedar simplemente registrado con ese título en una fórmula legal, sino para vivir como persona en la realidad de la vida social: en el futuro, el derecho ya no sería tan solo una forma de la convivencia, sino una fuerza activa al servicio de la vida, un instrumento de la comunidad para garantizar a los hombres la satisfacción de las necesidades de orden material y espiritual que impone la dignidad de la persona humana.

Con estas hermosas ideas e ideales nació a la vida en 1917 nuestro Artículo 123 constitucional, como la elevación a nivel fundamental de los derechos y garantías mínimas de los trabajadores como integrantes de una clase protegida de manera especial por la ley de leyes de nuestro país, *sin distinción de tipo estamental, ni de quién fuera el patrón, ni para qué sector de la economía se laboraba o si era empleado público o privado*. En este sentido podemos ver que la voca-

¹¹ De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo I, vigésimosegunda edición, segunda reimpresión, México, Porrúa, 2015, p. 45.

ción proteccionista del constituyente de 1917 era universal a todos los trabajadores dentro de nuestro país.

La norma constitucional estableció derechos mínimos de naturaleza laboral, tales como una jornada máxima de ocho horas, la protección de accidentes o enfermedades de trabajo, condiciones de seguridad, salubridad e higiene en los centros de trabajo, derecho de asociación y huelga, así como el *principio de estabilidad en el empleo y la nulidad de cualquier condición que vaya en contra de los derechos de los empleados o que represente una renuncia de derechos laborales*, estableciendo un umbral mínimo de garantías y prestaciones en el sentido de que no es válido ni surte efectos el pacto que implique la renuncia de derechos laborales reconocidos por la ley, mientras que es perfectamente válido pactar condiciones mejores o por encima de dichos derechos, tal como lo estableció contundentemente el maestro Néstor De Buen en su obra de *Derecho del trabajo*, *esto significa que las prestaciones señaladas tanto en el Artículo 123 como en la ley reglamentaria son el punto de partida. Arriba de ellas, todo. Por debajo de esas prestaciones, nada*.¹²

Aquí, el bien ponderado maestro establece un principio rector en el derecho laboral mexicano, pero de manera indirecta hace referencia a la ley reglamentaria, lo que no aclara De Buen es que no hay solo una ley reglamentaria, ni que no todos los trabajadores en México se benefician de los mismos principios constitucionales. Efectivamente, tal como lo desglosa Roberto Muñoz Ramón en su obra¹³ al exponer el tema de las fuentes del derecho laboral, distingue acertadamente entre las fuentes formales, *originaria vis a vis la derivativa*. Se desprende, como en cualquier ré-

¹² De Buen L., Néstor, *Derecho del trabajo*, Tomo primero, Vigésimo primera edición, México, Porrúa, 2015, p. 47.

¹³ Muñoz Ramón, Roberto, *Tratado de derecho del trabajo*, México, Porrúa, 2006, p. 131.

gimen constitucional, que la fuente original de la ley es la Constitución Política que determina lineamientos generales o facultades particulares para la emisión de leyes reglamentarias de las disposiciones constitucionales.

Bajo esta distinción es pertinente señalar que en entre 1917 y 1929 la facultad reglamentaria de la materia laboral de acuerdo al principio del pacto federal de nuestra República no estaba reservada a la federación, sino que a nivel local se podía expedir, y de hecho se expidieron 53 diferentes leyes locales reglamentarias de la materia laboral.¹⁴ Ante la confusión creada por las diversas normas y dado que tanto en materia colectiva como comercialmente era común que las empresas y sindicatos tenían intereses en más de un estado, para evitar conflictos, en 1929 se modificó la constitución para señalar la facultad exclusiva del Congreso Federal de expedir leyes reglamentarias en materia del trabajo, y en 1931 ya se tenía la primera Ley Federal del Trabajo.

Actualmente las relaciones de trabajo entre patrones y trabajadores en México se rige efectivamente por la Ley Federal del Trabajo expedida en 1970, con sus subsecuentes reformas, pero con la tutela niveladora en beneficio de los trabajadores, bajo los principios constitucionales de la permanencia en el empleo, nulidad de cualquier cláusula en perjuicio de derechos laborales y nulidad de cualquier renuncia de derechos, imponiendo inclusive un criterio de presunción de relación de trabajo y de privilegiar la realidad cuando se presta un servicio personal y subordinado con la contraprestación de un salario para que se surtan todos los derechos y prerrogativas del trabajador *independientemente de cómo se haya documentado la relación de trabajo, inclusive si se documentó con un contrato de prestación de servicios*

¹⁴ *Ibidem*, p. 140.

profesionales. Esto último va a ser muy útil para los fines de nuestro artículo, como se verá al concluir, pero antes, y dando contenido al título del capítulo que nos ocupa, veremos que esta protección no es igual para todos los trabajadores en México.

En efecto, como veíamos, en 1917 se redactó el Artículo 123 como la matriz original y de protección de *todos los empleados en nuestro país*, sin hacer distinción alguna. Al ser una materia de legislación reglamentaria local originalmente los propios estados empezaron a hacer distinciones respecto de a quién se le aplicaba la ley laboral y a quién no, así, y respecto de los empleados públicos existió una corriente excluyente y otra incluyente¹⁵ como lo refiere la Licenciada Villareal Reyes en su libro al reseñar que legislaciones como la ley de Veracruz de Cándido Aguilar del 14 de enero de 1918 excluía a los empleados públicos por tener una situación jurídica distinta respecto de los demás trabajadores, como se desprendía del artículo 8 de la citada ley en el siguiente sentido:

Artículo 8. Tampoco serán materia de esta ley, sino de las que el estado dicte o haya dictado. I. Los contratos que se refieran al trabajo de empleados y funcionarios de la administración y Poderes del Estado. (Sic)

En el mismo sentido excluyente se expidieron las leyes laborales de Nayarit de 25 de octubre de 1918, el Código de Yucatán de 16 de diciembre de 1918, la Ley del Trabajo del Estado de Michoacán del 1 de septiembre de 1921 y la de Aguascalientes de nueve de marzo de 1928.¹⁶ Por otro lado en el ejercicio de las mismas facultades reglamentarias, otras entidades como Sinaloa en su ley de 15 de

¹⁵ Villareal Reyes, Alma Ruby, *Derecho colectivo burocrático*, México, Porrúa, 2011, p. 25.

¹⁶ *Idem*.

julio de 1920, Coahuila el 13 de octubre de 1920, Puebla el 14 de noviembre de 1921 y Durango el 14 de octubre de 1922, determinaron que la designación de obreros o empleados protegidos incluía por igual a dependientes de comercio, empleados de gobierno o cualquier otro individuo que prestare servicios en fábricas, talleres, industrias, establecimientos rurales o empresas en las que se emplee el trabajo humano.¹⁷

Con lo anterior podemos ver que respecto de los empleados públicos desde la primera mitad del siglo XX ya sufrían de temas relacionados a la posible exclusión o negación de acceso a la justicia a título de trabajadores, en lo que se podría considerar como una barrera normativa sistemática de acceso a la justicia, ya la Ley Federal del Trabajo de 1931, armonizando y unificando la legislación laboral nacional, siguiendo como modelo la legislación veracruzana, estableció formalmente la exclusión de los trabajadores al servicio del Estado,¹⁸ tal como se estipuló en el artículo 2 de dicha ley que establecía:

Artículo 2º. Las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las leyes del servicio civil que se expidan.

Lo anterior, sin que ni siquiera existiera un cuerpo normativo nacional para proporcionar algún tipo de seguridad jurídica a los burócratas. No es sino a hasta 1938 que se expidió la *Ley del Estatuto Jurídico de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión*, como primera ley federal relativa

¹⁷ *Ibidem*, p. 26.

¹⁸ Gutiérrez Cantú, Miguel Ángel, *La justicia laboral en los trabajadores al servicio del Estado*, dentro de la Obra Jurídica Enciclopédica, Volumen de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Coord. de la obra, Juan Pablo Pampillo Bañío, Manuel Alexandro Munive Páez, México, Porrúa, Centro de Investigación e Informática Jurídica, 2012, pp. 413-418.

a los trabajadores al servicio del estado¹⁹ para luego ser sustituida en 1941 por el *Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión*. No fue sino hasta el 5 de diciembre de 1960 que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional que adicionaba el Apartado B al Artículo 123 Constitucional provocando que lo que fue el contenido original del Artículo 123 se distinguiera en adelante bajo el apartado A, y estableciendo las bases constitucionales para la reglamentación de la relación entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores, precisamente en un nuevo apartado, el B.²⁰ Ante la reforma constitucional, se hizo necesario un ordenamiento regulador de la norma máxima, por lo que el 28 de diciembre de 1963 se expidió en el *Diario Oficial de la Federación* la *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B del artículo 123 Constitucional*.

En cuanto al ámbito de aplicación de dicha ley, el artículo 1º de la misma estableció:

Artículo 1º. La presente Ley es de observancia general para los titulares y trabajadores de las dependencias de los Poderes de la Unión, del Gobierno del Distrito Federal, de las Instituciones que a continuación se enumeran: Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado,

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Que en su exposición de motivos contemplaba:
Los trabajadores al servicio del Estado, por diversas y conocidas circunstancias, no habían disfrutado de todas las garantías sociales que el artículo 123 de la Constitución General de la República consigna para los demás trabajadores.

Es cierto que la relación jurídica que une a los trabajadores en general con sus respectivos patrones, es de distinta naturaleza de la que liga a los servidores públicos con el Estado, puesto que aquellos laboran para empresas con fines de lucro o de satisfacción personal, mientras que éstos trabajan para instituciones de interés general, constituyéndose en íntimos colaboradores en el ejercicio de la función pública. Pero también es cierto que el trabajo no es una simple mercancía, sino que forma parte esencial de la dignidad del hombre; de allí que deba ser siempre legalmente tutelado.

Texto extraído de artículo de Gutiérrez Cantú, p. 416.

Juntas Federales de Mejoras Materiales, Instituto Nacional de la Vivienda, Lotería Nacional, Instituto Nacional de Protección a la Infancia, Instituto Nacional Indigenista, Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, Comisión Nacional de Valores, Comisión de Tarifas de Electricidad y Gas, Centro Materno-Infantil Maximino Ávila Camacho y Hospital Infantil; así como de los otros organismos descentralizados, similares a los anteriores que tengan a su cargo función de servicios públicos.

Al respecto, es importante hacer notar que por lo que hace a la referencia al Distrito Federal, por virtud de la reforma Constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de enero de 2016, el Distrito Federal pasó a ser una Entidad Federativa adicional denominada *Ciudad de México* que gozará de su propia constitución local y que respecto de la regulación de la relación laboral con sus empleados establece lo siguiente:

Las relaciones de trabajo entre la Ciudad de México y sus trabajadores se regirán por la ley que expida la Legislatura local, con base en lo dispuesto por el artículo 123 de esta Constitución y sus leyes reglamentarias.²¹

Ley que no se ha expedido todavía, dado que por lo que hace a dicha disposición particular en la reforma constitucional hay un plazo de *Vacatio Legis* que otorga un periodo previo de entrada en vigencia para el 1° de enero de 2020.²²

En relación a la *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado*, en su artículo 1° el legislador, aparte de incluir al Distrito Federal, también incluyó a un número de organismos descentralizados en particular y dejó abierta la posibilidad para que otros organismos descentralizados

²¹ Artículo 122, Apartado A, Fracción XI.

²² Artículo sexto. Las reformas al primer párrafo del Apartado B del artículo 123 y la Base XI del Apartado A del artículo 122 relativas al régimen jurídico de las relaciones de trabajo entre la Ciudad de México y sus trabajadores, entrarán en vigor a partir del día 1 de enero de 2020, *DOF*, 29 de enero de 2016.

fueran sujetos de la aplicación de la citada ley. Sin embargo, respecto de dichos organismos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la inclusión de organismos de la administración pública descentralizada o paraestatal dentro del ámbito de aplicación de la *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado*, en adición a lo establecido por el propio apartado B del artículo 123, era un exceso legislativo y *se declaró inconstitucional al tenor de la Jurisprudencia 1/96* que por su trascendencia y efectos vale la pena citar aquí:

Época: Novena Época, Registro: 200199, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Febrero de 1996. Materia(s): Laboral, Constitucional, Tesis: P/J. 1/96, Página: 52. ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS DE CARÁCTER FEDERAL. SU INCLUSIÓN EN EL ARTICULO 1° DE LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, ES INCONSTITUCIONAL.²³

El apartado B del artículo 123 constitucional establece las bases jurídicas que deben regir las relaciones de trabajo de las personas al servicio de los Poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal, otorgando facultades al Congreso de la Unión para expedir la legislación respectiva que, como es lógico, no debe contradecir aquellos fundamentos porque incurriría en inconstitucionalidad, como sucede con el artículo 1o. de la Ley Federal

²³ El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el quince de enero en curso, por unanimidad de once votos de los Ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Maya-goitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 1/1996 la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, Distrito Federal, a quince de enero de mil novecientos noventa y seis.

Nota: Véase la ejecutoria publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo II, pág. 42, correspondiente al mes de agosto de 1995. Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 34/2015 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desechada por notoriamente improcedente, mediante acuerdo de 6 de febrero de 2015.

de los Trabajadores al Servicio del Estado que sujeta al régimen laboral burocrático no sólo a los servidores de los Poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal, sino también a los trabajadores de organismos descentralizados que aunque integran la administración pública federal descentralizada, no forman parte del Poder Ejecutivo Federal, cuyo ejercicio corresponde, conforme a lo establecido en los Artículos 80, 89 y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al presidente de la República, según atribuciones que desempeña directamente o por conducto de las dependencias de la administración pública centralizada, como son las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos. Por tanto, las relaciones de los organismos públicos descentralizados de carácter federal con sus servidores, no se rigen por las normas del apartado B del Artículo 123 constitucional.

Al establecer la Corte que las relaciones de los empleados de los organismos descentralizados integrantes de la administración pública descentralizada o paraestatal no se rigen por las normas del apartado B del Artículo 123 constitucional, por exclusión determinó que se rigen por las normas reglamentarias del apartado A del mismo artículo constitucional. Esto representa un cambio de paradigma en la administración del personal, mismo que no ha sido del todo asimilado por los entes integrantes de esta administración pública descentralizada o paraestatal dado que internamente se siguen comportando como si en efecto las relaciones laborales pertenecieran al ámbito burocrático centralizado, por ejemplo emitiendo nombramientos en vez de celebrar contratos en materia individual, y expidiendo condiciones generales de trabajo en vez de celebrar contratos colectivos en materia colectiva. Actualmente existen 201 entidades paraestatales, y un listado actualizado se puede ver en la publicación de la Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal, en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de agosto de 2016.

Donde se torna especialmente delicado el fenómeno es en relación al personal de confianza y aquel contratado bajo contratos de prestación de servicios profesionales. Por lo que hace al personal de confianza la diferencia es monumental ya que mientras que en la *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado*, **los empleados de confianza no tienen ninguna protección y prácticamente ningún derecho de naturaleza laboral**,²⁴ siendo efectivamente un grupo vulnerable para efectos laborales y que por una barrera normativa e institucional *no tienen acceso a la justicia en materia laboral*, ni tienen reconocido derecho laboral alguno salvo por el derecho a recibir el salario devengado y a servicios de salud.²⁵ Estos supuestos en relación a empleados de

²⁴ Dentro del Artículo 5º de la ley laboral burocrática se establece de manera general un catálogo de puestos y características que hacen que un empleado se considere de confianza y en el Artículo 8º se expresa textualmente que *Quedan excluidos del régimen de esta ley los Trabajadores de confianza a que se refiere el Artículo 5º*.

²⁵ Se debe de reconocer que con la expedición de la *Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal*, en el *Diario oficial de la Federación* el 10 de abril de 2003, se buscó dar un grado de estabilidad en el empleo de los empleados de confianza de la administración pública, sin embargo, a lo más que pueden aspirar dichos empleados es a recibir una indemnización si se despiden de manera injustificada, no a una equiparación de derechos, ni mucho menos a poder demandar la reinstalación o cumplimiento de nombramiento o contrato.

Por otro lado, están empezando a generarse criterios en función de ciertas categorías sospechosas de discriminación como lo son *mujeres embarazadas*, que han provocado la emisión de Tesis Aisladas que todavía no son criterios obligatorios de jurisprudencia en el siguiente sentido:

Registro: 2010842, Tesis: XI.1o.A.T.31 L (10a.),

DESPIDO DE UNA TRABAJADORA BURÓCRATA DE CONFIANZA MOTIVADO POR SU GRAVIDEZ. REGLAS PARA RESOLVER EL JUICIO LABORAL RELATIVO. Cuando el despido de una trabajadora burócrata de confianza tuvo como origen un acto discriminatorio de su patrón, porque fue posterior a que le informó que estaba embarazada, la autoridad jurisdiccional debe: i) aplicar la herramienta de perspectiva de género; ii) emplear el principio de no discriminación; iii) determinar correctamente la carga de la prueba en la alegación a una violación a éste; iv) valorar las pruebas ofrecidas por las partes, con base en sus posiciones o pretensiones; y, v) resolver si ese tipo de trabajadoras están exentas de violaciones al principio indicado, por la sola circunstancia de su categoría, dado que en el juicio laboral se controvierte el despido motivado por la gravedad de la actora, por ir

confianza no se surten para los organismos públicos descentralizados respecto de sus empleados dado que la ley aplicable, en función de la jurisprudencia 1/96 del pleno de la Suprema Corte, es la ley Federal del Trabajo, con su manto protector, y no la ley laboral burocrática que niega el acceso a la justicia. En consecuencia, los empleados de confianza de la administración pública descentralizada o paraestatal *tienen el derecho de permanencia en el empleo, así como todos los demás derechos y protecciones otorgados por la Ley Federal del Trabajo.*

Por lo que hace al personal contratado bajo un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, como podremos ver más adelante y en las conclusiones, el efecto en materia de acceso a la justicia y posible riesgo laboral para los organismos descentralizados es diametralmente diverso por la misma razón antes prevista, *la aplicación de la Ley Federal del Trabajo en lugar de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.*

contra el derecho humano a la no discriminación, contenido en los artículos 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1 del Convenio Número 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, de la Organización Internacional del Trabajo pero, especialmente, por transgredir el artículo 11, numeral 2, inciso a), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que reconoce expresamente el derecho de la mujer a no ser despedida por motivo del embarazo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 20/2015. 10 de septiembre de 2015. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Jesús Santos Velázquez Guerrero.

Esta tesis se publicó el viernes 15 de enero de 2016 a las 10:15 horas en el *Semanario Judicial de la Federación.*

3. REGÍMENES ESPECIALES...

PERO ALGUNOS SON MÁS IGUALES QUE OTROS

Aunque podríamos concentrarnos en desahogar el tema de estudio tomando como referencia solo la dicotomía entre la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentarias del apartado A y B del Artículo 123 constitucional respectivamente, es pertinente hacer notar al lector que existen en nuestro país diversos regímenes de excepción respecto de la regulación de derechos laborales, como es el caso de los empleados del propio Poder Judicial de la Federación y los empleados de la Suprema Corte de Justicia, que en ambos casos se convierten en juez y parte dado que ellos mismos resuelven sus propios conflictos laborales así como todos los demás casos contemplados por la fracción XII y XIII del apartado B del Artículo 123 constitucional²⁶ como son entre otros el personal del servicio exterior y miembros de instituciones policiacas.

Por otro lado, está el Banco Central y las entidades de la administración pública federal que forman parte del sistema bancario que rigen sus relaciones laborales por lo que se establece en la *LEY REGLAMENTARIA DE LA FRACCIÓN XIII BIS DEL APARTADO B, DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.*

²⁶ XII...

...Los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores serán resueltos por el Consejo de la Judicatura Federal; los que se susciten entre la Suprema Corte de Justicia y sus empleados serán resueltos por esta última.

Párrafo reformado DOF 31-12-1994: "XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policíacas, se regirán por sus propias leyes".

Adicionalmente, el Congreso de la Unión a través del constituyente permanente, ha acogido la práctica de crear organismos públicos autónomos reconocidos o creados dentro de la propia constitución, tal como es el caso del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación,²⁷ Instituto Federal de Telecomunicaciones,²⁸ el Instituto Nacional Electoral,²⁹ y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.³⁰ Respecto de este último, es interesante que aunque dentro del dispositivo constitucional donde se prevé su creación no se establece el régimen laboral de sus empleados, lo que tendría que remitirlo al régimen general de la Ley Federal del Trabajo. No obstante, en la ley reglamentaria del Artículo 102 constitucional, precisamente la *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos* se determina que *el personal que presta sus servicios dentro de dicho órgano se regirá por las disposiciones del apartado B del Artículo 123 constitucional* y por lo tanto la ley aplicable es la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, pero sobrepasando lo establecido por dicha ley e inclusive por el dispositivo constitucional la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos en la parte *in fine* su artículo 74 establece que *“todos los servidores públicos que integran la planta de la Comisión Nacional, son trabajadores de confianza debido a la naturaleza de las funciones que ésta desempeña”,* por lo que *efectivamente priva de derechos laborales a todos los empleados de*

²⁷ Fracción IX del artículo 4º constitucional.

²⁸ Párrafo 15 del artículo 28 constitucional.

²⁹ Artículo 41 constitucional, fracción V, Apartado A. que auto regula las relaciones con sus empleados en términos del Apartado D. de la misma fracción donde establece: *El Servicio Profesional Electoral Nacional comprende la selección, ingreso, capacitación, profesionalización, promoción, evaluación, rotación, permanencia y disciplina, de los servidores públicos de los órganos ejecutivos y técnicos del Instituto Nacional Electoral y de los organismos públicos locales de las entidades federativas en materia electoral. El Instituto Nacional Electoral regulará la organización y funcionamiento de este Servicio.*

³⁰ Artículo 102, apartado B, 4º párrafo de la constitución política mexicana.

dicho organismo, y se establece la paradoja de que el ente que tiene a su cargo la vigilancia del respeto de los derechos humanos es el órgano público que más institucionalmente viola los derechos humanos laborales de los empleados que prestan sus servicios dentro del mismo, independientemente de que por sus funciones pudieran o no ser considerados como de confianza dichos empleados.

4. ¿A QUÉ PERSONA SE LE APLICA CUÁL LEY?

DATOS ESTADÍSTICOS OFICIALES

Es difícil decir con exactitud cuántas personas laboran en un régimen civil de prestación de servicios profesionales, debiendo ser consideradas como trabajadoras dado que cuando esto sucede, el efecto buscado por el contratante es que no haya un registro de obligación laboral, sino que formalmente se perfeccione un acuerdo de voluntades de una naturaleza civil, aunque materialmente se preste un servicio de naturaleza diversa.

Describiendo la composición poblacional de México, de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI),³¹ y en particular de los datos que se pueden desprender de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE),³² podemos conocer que la base poblacional total de México es de 122,117,027 personas, de las cuales, al 2º trimestre de 2016, 89,775,051 tienen más de 15 años, lo cual las hace legalmente disponibles para entrar al mercado de trabajo. Con estos datos como base haremos el desglose en función de la información que se desprende de las personas censadas como TRABAJADORES SUBORDINADOS Y REMUNERADOS, y por

³¹ <http://www.inegi.org.mx/default.aspx>

³² http://www.inegi.org.mx/est/lista_cubos/consulta.aspx?p=encue&c=4

otro lado con la POBLACIÓN OCUPADA, como diverso criterio de distinción, para saber diferencias entre los datos recabados. Lo anterior para determinar qué tipo de regulación se les aplica como empleados, si podemos vislumbrar datos que puedan representar la existencia de personas que se registran como empleados pero que no tengan ingresos por concepto de salarios, o que no reciban los beneficios que deberían de recibir de manera automática como empleados en un régimen laboral, en otras palabras, que sean empleados, pero no tengan un tratamiento laboral.

La Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo arroja que hay un total de 35,212,899 personas en México que se identifican como trabajadores subordinados y remunerados, de estos, 22,496,591 laboran para empresas negocios e instituciones privadas, mientras que 5,464,713 trabajan para instituciones públicas.³³ De esta primera aproximación según los datos de la ENOE del 100% de la población que se identifica como trabajador subordinado y remunerado el 64% que labora en la iniciativa privada lo hace al amparo de la Ley Federal del Trabajo, mientras que 15.5% trabajan para instituciones públicas y se podría presumir que trabajan bajo una ley para burócratas, ya sea de los estados, en caso de ser empleados estatales o municipales, o bajo la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, si son empleados de la Administración Pública Centralizada.

Resulta muy revelador, que la propia ENOE arroja datos controversiales respecto de las personas que se consideran *trabajadores subordinados y remunerados* ya que de la encuesta se desprende que del 100% de personas ubicadas con estas características 45.22% no cuentan con un contrato por escrito, 45.41% no cuentan con acceso a instituciones de sa-

³³ De la propia encuesta se desprenden diversos criterios de distinción para clasificar al resto de la muestra, pero que no resultan pertinentes para los efectos del artículo.

lud, 37.60% no cuenta con prestaciones laborales, y 5.78% ni siquiera cuenta con percepciones salariales. De los datos disponibles en la plataforma interactiva del sitio de INEGI y en particular de los datos relacionados a la ENOE, se desprenden datos cualitativa y cuantitativamente variables si en vez de tomar en cuenta las personas identificadas como trabajadores subordinados tomamos en cuenta a la *población ocupada*, ya que el 100% de la muestra pasa de ser de 35,212,899, a ser de 51,433,590 personas. Haciendo este cambio, no se encuentran las mismas variables disponibles para hacer comparaciones, pero en las que si hay información los porcentajes se modifican en el siguiente sentido: 62.53% no cuentan con acceso a instituciones de salud mientras que de la muestra el 10.76% está ocupado por una institución pública. Cabe hacer notar que del cuadro resumen en materia de ocupación y empleo al segundo trimestre del 2016, que se anexa como nota al final,¹ se desprende que en función de la población ocupada hay una tasa de informalidad laboral del 57.2 %, aun cuando de esa misma muestra se reporta que 64.5% tiene un trabajo asalariado.

Estas diferencias e incongruencias son precisamente las que resultan interesantes para nuestro propósito, ya que *si todas las personas que se reportan como asalariadas o sujetas a un trabajo subordinado disfrutaran los derechos laborales más básicos, reconocidos tanto por el derecho nacional como el convencional*³⁴, *y que las diversas legislaciones de naturaleza laboral vigentes les otorgan por el hecho de ser empleados subordinados, el 100% de la muestra debería de recibir prestaciones laborales, tener acceso a instituciones de salud, y recibir percepciones salariales*, sin embargo vemos que la realidad recabada por el órgano oficial de

³⁴ Ver, Reynoso Castillo Carlos, *Los Derechos Humanos Laborales*, México, Tirant Lo Blanch, 2015.

difusión de datos estadísticos del Estado arroja datos que reflejan una realidad muy diversa al deber ser.

En relación a estos derechos laborales, a pesar de que más adelante nos concentremos en los empleados de la administración pública, se hace notar, como lo refiere un especialista en la materia de derechos laborales en su visión como derechos humanos, que "aquellos [derechos] que históricamente aparecieron como una reivindicación frente al Estado, ahora también se reconocen y reivindican frente a la empresa y sus representantes en la vida y el espacio cotidiano de lo laboral".³⁵ Aún a pesar de la posibilidad de que exista una protección y justiciabilidad de los derechos humanos laborales en un sentido horizontal, vale la pena recordar que el Estado cuando actúa como patrón, no lo hace ejerciendo sus facultades ni en el imperio de su soberanía, sino que lo hace en calidad de patrón, no como autoridad, solo que a partir de la distinción que la constitución mexicana lleva a cabo en su Artículo 123, determina para esas relaciones laborales una reglamentación diversa que la reglamentación laboral en pie para las relaciones laborales que se actualizan en la iniciativa privada.

Ahora bien, regresando a los resultados que desprendimos de la ENOE, y del cuadro resumen publicado por el INEGI en relación a los indicadores de ocupación y empleo, vemos que hay un gran sector de la población que está ocupado, y que no se reporta bajo una relación de subordinación remunerada, parte de esto, se puede imputar a las relaciones que se dan en la economía informal, sobre la que es muy difícil tener información pero la economía informal no puede explicar los datos de las personas que si se ubican en una relación de subordinación y remuneración que sin embargo reportan alarmantemente bajos porcen-

³⁵ *Ibidem*, p. 24.

tajes de disfrute de prestaciones laborales y de prestaciones tan elementales como el acceso a instituciones de salud. *Una posible explicación para este fenómeno, tanto en el ámbito público como el privado es la contratación formal de personas para llevar a cabo funciones laborales, con subordinación, dependencia y contraprestación por los servicios, pero bajo un contrato civil de prestación de servicios profesionales o independientes, y con la obligación del prestador del servicio de entregar recibos o facturas con efectos fiscales reales por concepto de honorarios por los servicios prestados.*

Este tipo de contratación, hay que aceptar, cumple con requisitos de formalidad *prima facie*, ya que hay un contrato típico de por medio, contratantes plenamente identificados, pagos relacionados con la prestación de servicios contratados que serán sujetos de comprobantes fiscales, pero dicha fachada de aparente legalidad es una simulación de buen derecho, argucia o audacia, que no es lo mismo que inteligencia, una farsa y por tanto un abuso y un fraude a la ley, tratando de valerse de un medio lícito, para lograr un fin ilícito, hacer aparecer como algo una cosa que en realidad no es, y privar a una persona de ciertos beneficios o prerrogativas que la ley le otorga para tener un beneficio personal.

5. LA UTILIZACIÓN DE UN MEDIO LÍCITO, PARA UN FIN ILÍCITO

Efectivamente, en nuestra práctica profesional tanto en representación de actores y demandados en litigio, como en el desahogo de consultas y auditorías con clientes, es común que nos encontremos con personas que utilizan un instrumento civil como lo es el contrato de prestación de servicios profesionales para documentar las relaciones

que tienen con el personal a su servicio dentro de una empresa, negociación, institución, organismo público, o cualquier tipo de ente que ocupe los servicios de otra persona para poder realizar un fin determinado para el mercado o para el público, con o sin fin de lucro. inclusive nos hemos encontrado que hay ocasiones que se utiliza un régimen fiscal, ni siquiera civil, para justificar la ausencia de cumplimiento de obligaciones laborales.

Es de hacerse notar que en la doctrina civil, para el reconocimiento de una simulación de un hecho se considera que debe de concurrir la voluntad todos los participantes del hecho simulado pudiendo o no provocar la afectación de algún tercero,³⁶ sin embargo, por lo que hace a la práctica de celebrar contratos de naturaleza civil con personas que son en realidad empleados o trabajadores conlleva la particularidad de que al momento de la celebración del contrato es muy probable que el empleado se encuentre en un estado de necesidad respecto del trabajo y por lo tanto en una posición totalmente asimétrica de autoridad para poder negociar ni el tipo de contrato celebrado ni el contenido de las cláusulas del mismo, y por lo tanto en un estado de vulnerabilidad para poder ser objeto pasivo o víctima de este tipo de práctica.

Concretamente nos concentraremos y haremos referencia a la utilización de *contratos de prestación de servicios profesionales* y del régimen fiscal existente en México para personas físicas de *asimilados a salarios*, con los cuales muchas personas buscan, por diversas razones, evadir sus responsabilidades como patronos y negar a otra persona la calidad de empleado, privándole de ciertos beneficios y prerrogativas y buscando a su vez entorpecer o evitar que

³⁶ Ver *Diccionario de Derecho Privado*, Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro, Directores, Tomo II G-Z, España, Editorial Labor, 1950, pp. 3627-3636. (Voz: Simulación)

la persona contratada pueda tener recurso legal o acceso a la justicia laboral.

El contrato de prestación de servicios profesionales es un contrato que se define como *aquel por el que el profesional se obliga a prestar a favor del cliente un servicio para cuya ejecución requiere de una preparación técnica o profesional y que puede ser gratuitamente o a cambio de una remuneración llamada honorario*³⁷ y es un contrato tipificado tanto a nivel federal como local y que se encuentra regulado en el Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en sus artículos 2606 al 2615. Es un contrato que no requiere de una forma determinada para su validez, o sea, es consensual en oposición a formal, normalmente oneroso y sinalagmático.

Por otro lado, el régimen de "asimilado a salario" es un tipo de ingreso contemplado en la Ley del Impuesto Sobre la Renta. La citada ley respecto de los ingresos de las personas físicas establece en su artículo 94 que:

Se consideran ingresos por la prestación de un servicio personal subordinado, los salarios y demás prestaciones que deriven de una relación laboral, incluyendo la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y las prestaciones percibidas como consecuencia de la terminación de la relación laboral.

Enseguida, el mismo artículo establece un listado de tipos de ingresos de personas físicas que se asimilan al salario para efectos de su trato fiscal pero que no son salarios, por no desprenderse de una relación de trabajo, entre los que se encuentran *Los honorarios a personas que presten servicios preponderantemente a un prestatario, siempre que los mismos se lleven a cabo en las instalaciones de este último*,³⁸ así como los honorarios que perciban las personas físicas de personas

³⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, teoría del contrato, Contratos en particular*, México, Porrúa, 2000, p. 634.

³⁸ Fracción IV. Artículo 94, Ley del Impuesto Sobre la Renta.

morales o de personas físicas con actividades empresariales a las que presten servicios personales independientes.³⁹ Entonces haciendo un análisis lógico, *la figura de trabajador subordinado no podría coexistir con un régimen de ingresos similares a salario como la de prestador de servicios profesionales o servicios personales independientes*, dado que el propio Artículo 94 de la Ley del impuesto sobre la renta los excluye de manera expresa cuando existe una prestación personal y subordinada, aunque los ingresos por ambos supuestos tengan un tratamiento fiscal similar. En un caso, cuando hay relación personal subordinada, son salarios, y en otro caso, si no hay relación personal y subordinada, no son salarios, sino que son ingresos asimilados según el término fiscal.

Lo anterior no establece una facultad potestativa para el patrón, como muchos contadores parecen pensar al manifestar, “no es trabajador porque se le paga en el régimen de asimilados a salarios”, esto, como nos decían en la escuela de derecho, equivale a poner la carreta delante de los caballos, dado que lo que detona el régimen fiscal es la relación de trabajo, no al revés. Si hay prestación de un servicio personal y subordinado hay relación de trabajo y por ende *debe* de haber salario, en este mismo sentido, hablando del régimen de asimilados a salarios, la opinión del abogado fiscalista y laboral Dionisio J. Kaye que manifiesta:

*En nuestra opinión, esta no es una figura recomendable para ningún patrón, en virtud de que es una figura inapropiada laboralmente hablando. En efecto, bajo esta figura, que de repente apareció en la Ley del Impuesto sobre la Renta, ha sido malentendida por muchos trabajadores y patrones, que han abusado de ella.*⁴⁰

³⁹ Fracción V. Artículo 94, Ley del Impuesto Sobre la Renta

⁴⁰ Kaye, Dionisio J., *Relaciones individuales y colectivas del trabajo*, México, Themis, 2014, p. 489.

La Ley Federal del Trabajo, es muy clara en el concepto de trabajador, tal como establece en su Artículo 8º con lo siguiente:

Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado.

Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.

Hay también que tomar en cuenta el contenido del artículo tercero de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado que se cita:

Trabajador es toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales.

De hecho, en la Ley Federal del trabajo, existe el principio de que *independientemente de la forma en que se documente la relación, o el acto que le de origen*, si se surten los supuestos de *subordinación, dependencia y la contraprestación de un salario* se da la relación de trabajo, inclusive si el contrato es formalmente de diversa naturaleza o inclusive si no existe un contrato por escrito, tal como queda establecido por el Artículo 20 de la citada ley en el siguiente sentido:

Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.

Como decíamos, tanto el caso de prestación de servicios profesionales con el contrato civil, como los tipos de ingresos fiscales, son figuras dentro de la norma jurídica que dan contenido legal a hechos y supuestos útiles y necesarios para el desarrollo de la vida transaccional y fiscal de las personas. Lo anterior, sin embargo, *no debe de confundirse con la utilización de dichos esquemas para documentar una relación que por sus características de subordinación, dependencia y pago de un salario es de naturaleza laboral, dado que, por ministerio de ley, el prestador de servicios será considerado como empleado del beneficiario de dichos servicios para todos los efectos leales a que haya lugar.* Consecuencia que no solo es una derivación lógica de los artículos antes citados, sino que también se desprende expresamente de la propia Ley Federal del trabajo en el siguiente sentido:

Artículo 21. Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

Esta presunción, *Iuris Tantum*, opera en beneficio de todos los empleados de México que trabajan al amparo de la Ley Federal del Trabajo. Esto, que en principio parece como una aplicación de justicia social a los trabajadores de México se debe de matizar con la perspectiva que ya veíamos antes, porque efectivamente no todos los trabajadores son iguales ni tienen la misma protección.

Los trabajadores al servicio del estado por ejemplo, no tienen en la definición de trabajador el criterio de la subordinación, tan importante en materia laboral, ni tampoco el beneficio expreso en la ley que los rige de la presunción de relación laboral. De hecho, históricamente solo se consideraban empleados e el sector público a las personas que contaban con un *nombramiento* o figuraban en las *lis-*

tas de raya,⁴¹ ya que independientemente de la prestación servicios físicos, intelectuales, con subordinación y con dependencia, así como con la contraprestación reiterada y periódica relacionada a ese servicio, al amparo de un *contrato de prestación de servicios profesionales, no serían considerados como empleados*, tal como se consideró sostenidamente con criterios como los siguientes:

Época: Sexta Época, Registro: 273774. Instancia: Cuarta Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen LXXXVI, Quinta Parte. Materia(s): Laboral, Página: 38:

TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, LAS PERSONAS QUE CELEBRAN CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON UNA DEPENDENCIA GUBERNAMENTAL, NO SON. Para que se considere que determinado individuo es un trabajador al servicio del estado, es forzoso que exista un nombramiento del órgano estatal facultado para ello, o bien, que dicho individuo figure en las listas de raya, con carácter de trabajador temporal; por lo que, la celebración de un contrato entre un particular y el titular de una dependencia gubernamental, aun cuando se refiera a la prestación de un servicio profesional, no equivale en modo alguno al nombramiento, ya que éste es un acto administrativo de carácter específico, en el que el órgano estatal procede unilateralmente, conforme a sus facultades propias y, tiene como notas características: el origen de la relación que vincula al trabajador al órgano estatal; la existencia de un empleo previsto en el presupuesto de egresos y la designación del trabajador mediante nombramiento, características que no concurren en el contrato.

Época: Novena Época, Registro: 186398. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, Julio de 2002, Materia(s): Laboral, Tesis: I.1o.T.J/42, Página: 1222:

TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, NOMBRAMIENTO DE LOS. CARGA DE LA PRUEBA. El artículo 3o. de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado define como trabajador a toda persona que

⁴¹ Tal como lo contempla el artículo 3 de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado.

presta un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales; en tales condiciones, corresponde al trabajador demostrar la existencia del nombramiento o que trabaja a lista de raya.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Época: Novena Época, Registro: 201068, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo IV, Octubre de 1996, Materia(s): Laboral, Tesis: I.6o.T. J/16, Página: 479:

TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, NOMBRAMIENTO Y RELACION DE TRABAJO DE LOS. CARGA DE LA PRUEBA DE SU EXISTENCIA. A quien se ostenta como trabajador al servicio del Estado, además de comprobar que presta un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, corresponde también acreditar, como condición específica, que tal situación se generó en virtud del nombramiento que al efecto se le haya expedido por persona facultada para ello, o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3o. de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; ya que no se puede presumir la existencia de la relación jurídica de trabajo entre el titular de una dependencia y un particular por el simple hecho de la prestación de un servicio, por no ser aplicable en forma supletoria el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO."

Estos criterios significaban que para ser reconocido como empleado público se requería a priori de un nombramiento o figurar en las listas de raya, y el tener un contrato de prestación de servicios profesionales automáticamente excluía al empleado de que lo alcanzara protección alguna. Si llegaba a atreverse a demandar, no tendría que acreditar la relación de subordinación y dependencia, elementos característicos de la relación laboral, sino que tendría el empleado que acreditar la existencia

del nombramiento, lo cual es evidentemente una *barrera al acceso a la justicia*.

Afortunadamente para el empleado público la tendencia actual de los criterios jurisdiccionales en relación a los derechos sociales tienen la propensión expansiva a ser reconocidos como derechos humanos y ha provocado que de hecho también los empleados públicos tengan oportunidad de ser reconocidos como empleados si logran acreditar los elementos de subordinación en una relación de dependencia, aunque con diferentes consecuencias que en el ámbito privado, esto se desprende de la siguiente jurisprudencia por contradicción:

Época: Novena Época, Registro: 178849, Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Marzo de 2005, Materia(s): Laboral, Tesis: 2a.JJ. 20/2005, Página: 315:

TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. EL VÍNCULO LABORAL SE DEMUESTRA CUANDO LOS SERVICIOS PRESTADOS REÚNEN LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO, AUNQUE SE HAYA FIRMADO UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. De la tesis de jurisprudencia 2a.JJ. 76/98, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, octubre de 1998, página 568, con el rubro: "TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. SI DEMUESTRAN QUE HAN VENIDO PRESTANDO SERVICIOS A LA DEPENDENCIA ESTATAL POR DESIGNACIÓN VERBAL DEL TITULAR, TIENEN ACCIÓN PARA DEMANDAR LA EXPEDICIÓN DEL NOMBRAMIENTO O SU INCLUSIÓN EN LAS LISTAS DE RAYA Y, EN SU CASO, TODAS LAS DEMÁS ACCIONES CONSECUENTES.", así como de la ejecutoria dictada en la contradicción de tesis 96/95 de la que derivó, se advierte que aun cuando no se exhiba el nombramiento relativo o se demuestre la inclusión en las listas de raya, la existencia del vínculo laboral entre una dependencia estatal y la persona que le prestó servicios se da cuando se acredita que los servicios prestados reúnen las características propias de una relación laboral. En ese sentido, si se acredita lo anterior, así como que en

la prestación del servicio existió continuidad y que el trabajador prestó sus servicios en el lugar y conforme al horario que se le asignó, a cambio de una remuneración económica, se concluye que existe el vínculo de trabajo, sin que sea obstáculo que la prestación de servicios se haya originado con motivo de la firma de un contrato de prestación de servicios profesionales, pues no es la denominación de ese contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados al Estado, de tal suerte que si éstos reúnen las características propias del vínculo laboral entre el Estado y sus trabajadores, éste debe tenerse por acreditado.

Contradicción de tesis 168/2004-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Sexto, ambos en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 14 de febrero de 2005. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: María Estela Ferrer Mac-Gregor Poisot."

Tesis de jurisprudencia 20/2005. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del dieciocho de febrero de dos mil cinco.

Sin embargo, atendiendo a las características especiales de los trabajadores al servicio del estado, y que las dependencias no tienen la facultad de creación de plazas de trabajo, el reconocimiento de una relación laboral no implica necesariamente el reconocimiento a la estabilidad en el empleo a un trabajo por tiempo indefinido, como claramente lo establece el siguiente criterio jurisprudencial por contradicción:

Época: Novena Época, Registro: 164512, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Mayo de 2010, Materia(s): Laboral, Tesis: 2a./J. 67/2010, Página: 843:

TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO Y NO DE UN CONTRATO DE NATURALEZA CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, NO IMPLICA NECESARIAMENTE EL OTORGAMIENTO DE UN NOMBRAMIENTO DE BASE O POR TIEMPO INDEFINIDO. Cuando en el procedimiento laboral burocrático se demanda la reinstalación y la dependencia demandada afirma la existencia de un contrato civil de

prestación de servicios profesionales por tiempo determinado regido por el Código Civil, y por resolución judicial del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje se determina que se está en presencia de una relación de trabajo, ello implica el cambio de normatividad de civil a laboral, y la consecuencia será la aplicación de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado sobre las condiciones pactadas, ante la existencia de un vínculo de trabajo equiparado a un nombramiento dentro de los supuestos que al efecto establece la ley de la materia. En consecuencia, las cláusulas pactadas pueden tomarse en cuenta pero a la luz de las normas laborales, para acreditar la validez temporal de la relación respectiva, porque independientemente de que el demandado opuso una excepción que a la postre no justificó, lo cierto es que la declaración de que la relación jurídica es de naturaleza laboral, no necesariamente tiene como consecuencia jurídica inmediata que se tenga por satisfecha la pretensión del trabajador, en el sentido de que se le reinstale en una plaza de base o por tiempo indefinido, sino que previamente debe examinarse la naturaleza de las funciones atribuidas, la situación real en que se encontraba y la temporalidad del contrato, a fin de determinar los supuestos en que se ubica conforme a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado en cuanto a las diferentes clases de nombramiento, que pueden ser de confianza o de base y, en su caso, definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada.

Contradicción de tesis 451/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto, ambos en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 12 de mayo de 2010. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarias: Estela Jasso Figueroa y María Marcela Ramírez Cerrillo.

Tesis de jurisprudencia 67/2010. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diecinueve de mayo de dos mil diez.

Con estos criterios se logra equiparar en cierto sentido un nivel de protección y de acceso a la justicia toda vez que cuando la litis se centre en si hay o no relación laboral y si se surten los supuestos de subordinación, dependencia y el pago de una contraprestación, y el patrón, [privado o estado] se excepciona con un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil manifestando que la relación

no es de naturaleza laboral siendo en todo caso CARGA DE LA PRUEBA DEL PATRÓN acreditar que la relación es *diversa de laboral*, hecho que no se acredita con el simple hecho de tener un contrato civil ni recibos de honorarios pagados, tal como lo establece el siguiente criterio:

Tipo sentencia: Jurisprudencia, Novena Época, Séptimo Tribunal Colegiado en materia de trabajo del primer circuito - Primer circuito (Distrito Federal), Motivación: Por Reiteración, Boletín: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XXV, Abril de 2007, I.7o.T. J/25:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y RELACIÓN LABORAL, EL PAGO DE HONORARIOS NO DETERMINA LA EXISTENCIA DE AQUÉL Y LA INEXISTENCIA DE ÉSTA. La circunstancia de que a una persona se le cubra una cantidad periódica en forma de honorarios, no determina la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, sino, en todo caso, lo que determina que exista un contrato de esa naturaleza son sus elementos subjetivos y objetivos, que pueden ser: que la persona prestataria del servicio sea profesionista, que el servicio lo preste con sus propios medios, que el servicio se determine expresamente, que cuente con libertad para realizarlo tanto en su aspecto de temporalidad como en el aspecto profesional propiamente dicho.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Sin embargo, cabe hacer notar en relación a los empleados públicos que logran ser reconocidos como empleados, estos deben todavía pasar por ciertos filtros de estudio por parte del Tribunal de Conciliación y Arbitraje para que una vez que se ha determinado que si son empleados, se determine conforme a la naturaleza de la relación si sus funciones son de base o de confianza, lo que podría resultar al ser de confianza en una negación de derecho de permanencia en el empleo y pudo ser despedido sin responsabilidad para el estado patrón; si se determina que las funciones son de base, se tendría que estudiar la situación real en cuanto a

la temporalidad para encuadrar al empleado en un nombramiento que podría ser definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada, y al venir de un contrato de naturaleza civil delimitado en tiempo es muy probable que el mismo criterio de temporalidad se aplique al nombramiento y se encuentre justificada la terminación de la relación, por lo que eventualmente no se lograría por el empleado un fin de lograr la estabilidad en el empleo.

Es un pena y sujeto de un estudio particular el caso de los empleados del poder judicial, que es juez y parte en sus propias controversias y donde los empleados pueden tener acceso a una justicia, pero que será parcial de manera sistémica, dado que las Comisiones Substanciadoras del procedimiento son integrantes estructuralmente del mismo ente del que se reclaman acciones o prestaciones laborales; así como de los Organismos Constitucionales Autónomos que siguen la tendencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de determinar que sus relaciones con los empleados se rigen por el apartado B del Artículo 123 constitucional, haciendo aplicable la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado pero al determinar en la ley regulatoria del ente que *todos* los empleados son de confianza, provocando que de manera automática se les niegue el acceso a la justicia y a derechos laborales aunque sus funciones no correspondan en efecto a labores de confianza en términos de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado o de la Ley Federal del Trabajo.

Con lo anterior dejamos explicado en qué consiste el esquema de simulación, que inclusive con los matices y posibilidades de los empleados para vencer las barreras de acceso a la justicia, representa una práctica cada vez más común tanto en la iniciativa pública como en la privada.

Ahora procedamos a tratar de discernir por qué motivos se pueden dar estos esquemas en la práctica.

6. LOS MOTIVOS DE LA SIMULACIÓN EN LA INICIATIVA PRIVADA

Para la iniciativa privada, la decisión de optar por documentar las relaciones de trabajo con esquemas de contratos civiles o bajo tipos de pago en regímenes fiscales de asimilados a salarios, como la mayoría de las decisiones en la iniciativa privada, pasa por un criterio de costos para el empresario y un (a menudo deficiente) análisis de costo beneficio y riesgos.

En este sentido, es más fácil ilustrar con un ejemplo los motivos que llevan al empresario a tomar esta decisión:

Como premisa de nuestro ejemplo tomaremos una fuente de trabajo con 10 empleados, que para efectos del ejercicio tengan un ingreso mensual cada uno de \$30,000.00 (treinta mil pesos 00/100), lo que representaría un costo bruto de la nómina mensual para esa empresa por \$300,000.00 (trescientos mil pesos 00/100).

En este ejemplo cada empleado tendría un tratamiento fiscal laboral conforme a la siguiente tabla:

COSTO PATRONAL Y OBRERO POR SUELDOS Y SALARIOS

Salario nominal mensual (Ley Impuesto sobre la Renta Art. 94)	COSTO PATRONAL	% PATRONAL	COSTO OBRERO	% OBRERO
ISR por Sueldos y Salarios (Ley Impuesto sobre la Renta Art. 96)	\$ 30,000.00			
Cuota de Seguridad Social (Ley de Seguridad Social Capítulos IV, V, VII)			\$ 5,498.25	
Cuota por Retiro (Ley del Seguro Social Capítulo VI)	\$ 2,331.07	7.77%	\$ 491.09	1.64%
Cuota por Aportación de Vivienda (Ley del INFONAVIT Art. 29 Fracc. II)	\$ 1,668.66	5.56%	\$ 717.27	2.39%

COSTO PATRONAL Y OBRERO POR SUELDOS Y SALARIOS

Salario nominal mensual (Ley Impuesto sobre la Renta Art. 94)	COSTO PATRONAL	% PATRONAL	COSTO OBRERO	% OBRERO
Impuesto sobre Nomina (Código Financiero del DF Art. 178 y 180)	\$ 1,567.80	5%		
	\$ 900.00	3%		
	\$ 36,467.53	21.33%	\$ 7,914.97	4.03%

De lo anterior se ilustra el costo mensual por cada trabajador con el salario que hemos predeterminado y que de una nómina total bruta por \$300,000.00 (trescientos mil pesos 00/100) equivaldría a un desembolso neto mensual de \$364,675.30 (trescientos sesenta y cuatro mil seiscientos setenta y cinco pesos 30/100) o sea 21.33% más en el caso concreto, o el equivalente al costo neto de dos empleados adicionales.

Independientemente de lo anterior, aparte de que la nómina tiene un costo adicional para el patrón de entre 21 y 33 por ciento dependiendo del monto de los salarios, por cargas tributarias y sociales, al propio empleado se le debe de retener un impuesto por su ingreso y las cuotas que el propio empleado tiene que aportar a la seguridad social.

Utilizando el mismo ejemplo anterior, con el mismo ingreso la relación de efecto para el empleado sería la siguiente:

Por lo que el empleado también tendría una disminución importante en su ingreso. Esto hace fácil la labor de convencimiento para el patrón en dicha relación para convencer al empleado de "trabajar" bajo un esquema civil en vez de laboral, porque inclusive para el empleado, mejoraría en nivel de ingreso de acuerdo a los siguientes datos:

INGRESOS POR HONORARIOS PERSONAS FÍSICAS
(SERVICIOS PROFESIONALES INDEPENDIENTES)

Prestación de Servicios a Persona Moral		
Honorarios	Ley Impuesto Sobre la Renta Art 94 Fracción V	\$30,000.00
IVA	Ley Impuesto Valor Agregado Art 10 Fracción II (16%)	\$4,800.00
Subtotal		\$34,800.00
ISR Retenido	Ley de Impuesto Sobre la Renta Art 106 5To Párrafo	\$3,000.00
IVA Retenido	Ley Impuesto Valor Agregado Art 10 A Fracción II Inciso A	\$3,200.00
Total Neto		\$28,600.00
Obligación Persona Física por Honorarios:		
Presentar Declaración Provisional y Anual		
Obligación de la Persona Moral:		
Retención de Impuesto Sobre Renta e Impuesto al Valor Agregado		

De los datos arriba expuestos se ve que hay un incentivo por la importante diferencia en costos sobre el valor del salario para el patrón, dado que bajo un régimen de prestación de servicios por honorarios, el único costo es un 16% de Impuesto al Valor Agregado, que puede redundar en un beneficio fiscal para el empleador y que favorece a tener más flujo en la empresa dado que ese Impuesto al Valor Agregado no necesariamente se desembolsa por el patrón siendo que se convierte en una carga que se puede acreditar contra impuestos de valor agregado que el patrón traslada en sus propias facturas y que al final de mes acredita para disminuir su pago ante la hacienda pública. Por lo que hace a las retenciones del trabajador, las mismas también son menores y tendrá el empleado una cantidad neta superior como honorarios de lo que recibiría por concepto de salario, sin embargo, no está ni aportando a la seguridad

social para efectos de beneficios médicos, de vivienda, de jubilación, ni tampoco está recibiendo ninguna prestación laboral como vacaciones pagadas, prima vacacional, aguinaldo o la posibilidad de participar en las utilidades de la empresa.

De este ejemplo queda claro porque puede buscar el empresario un esquema civil de contratación en vez de uno laboral, sin embargo, el riesgo no es menor dado que para efectos laborales, en términos del artículo 5º de la Ley Federal del Trabajo se considera nula cualquier renuncia de derechos por parte del trabajador. En este caso dado que todo el esquema de contratación implica que hay una renuncia de la trabajadora a todos los derechos laborales se entenderá que rige supletoriamente en su totalidad lo estipulado por la Ley Federal del Trabajo para efecto de las condiciones laborales mínimas, y serán exigibles por el trabajador desde el momento de su contratación.⁴²

Por otro lado, existe un importante riesgo administrativo con las instituciones de seguridad social, dado que los patrones que omitan dar de alta a sus empleados y cubrir las cuotas correspondientes son susceptibles de que se les se les determinen multas recargos y actualizaciones por las cuotas omitidas, así como capitales constitutivos para resarcir a los institutos de seguridad social de cualquier gasto que hayan tenido que erogar en atención de empleados no dados de alta, vale hacer notar que las multas pueden fijar-

⁴² En relación al reclamo de prestaciones laborales, aunque el trabajador puede reclamarlas desde el momento de su contratación, y la autoridad laboral no puede oponer de oficio la prescripción de los derechos de los empleados, siendo éstos exigibles, el patrón si puede poner un límite por medio de la prescripción a cualquier prestación de naturaleza laboral que haya sido exigible con anterioridad de un año al reclamo, en ese sentido, opuesta la prescripción podrá tenerse por prescrito cualquier derecho laboral exigible cuya exigibilidad sea más antigua que un año de la fecha del reclamo, lo cual se encuentra regulado por el artículo 516 de la Ley Federal del Trabajo.

se en rangos del cuarenta al ciento por ciento de los conceptos omitidos,⁴³ así como la posibilidad de la imputación de delitos de defraudación fiscal inclusive con penas de prisión para los patronos o sus representantes que omitan el cumplimiento de las obligaciones patronales en relación con la seguridad social. Vale la pena mencionar también, que, aunque las prestaciones laborales reclamables al patrón pueden ser afectadas por prescripción, los derechos a pensiones son imprescriptibles y que en caso de que a un patrón se le condene a reconocer la relación laboral de un empleado, estaría obligado a aportar las cuotas omitidas para efectos de que el empleado pueda gozar con los capitales de sus subcuentas de vivienda y de retiro para efectos de su futura pensión.

7. LOS MOTIVOS DE LA SIMULACIÓN EN SECTOR PÚBLICO

Para el sector público no existe el incentivo económico, dado que la finalidad de las entidades del sector público centralizado no es tener utilidades en su operación ni generar ganancias, sino que es prestar un servicio al público o integrar la plantilla que labora para hacer que opere y funcione la administración pública. Aunque no hay un incentivo económico en el sentido que existe para las empresas y negocios mercantiles en la iniciativa privada, la administración pública sí maneja una cantidad importante del recurso recabado por las contribuciones de las personas físicas y morales en México,⁴⁴ y cada vez más se ve

⁴³ En términos de lo que establece el Artículo 304 de la Ley del Seguro Social.

⁴⁴ Artículo 2 del Código Fiscal de la Federación, debiendo tomar en cuenta que aparte de las contribuciones de las personas físicas y morales, también

obligada por el mínimo margen de crecimiento económico y las presiones sobre el adelgazamiento del aparato administrativo a tener prácticas y medidas de austeridad, por tanto tiene motivos de tipo político para justificar que el gasto del recurso público es lo más eficiente y que no hay desperdicio respecto del mismo. Esta premisa, a decir verdad no es una conclusión jurídica tiene en este artículo un respaldo que la sostenga, salvo por el hecho de que es una práctica común que los empleados públicos son contratados cada vez menos en un régimen laboral para preferir un régimen civil de prestación de servicios profesionales, aunque las labores sean técnicas o secretariales. En este sentido, nuestro país lleva ya varios años actuando bajo una política pública de austeridad en el gasto de operación en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.⁴⁵ Evidentemente, un elemento determinante de medición de la efectividad del gasto público, así como el mayor consumo de dichos recursos es el gasto corriente, y dentro de este gasto de manera importante lo relativo a cuánto cuestan los salarios de los empleados del Estado.

Una manera de mejorar la percepción pública de la eficacia en el gasto es *que el Estado reduzca el número de empleados que consumen el presupuesto público, y que con menos personas se logre hacer el mismo o más y mejor trabajo, evitando también que crezca el número de personas con derechos de inamovilidad, permanencia en el empleo y acceso a prestaciones laborales muy*

existen diversas maneras en las que el estado se hace de flujo económico como los son los aprovechamientos contemplados por el artículo 3 de la misma ley, financiamientos e ingresos derivados de empresas de participación estatal y empresas productivas del estado.

⁴⁵ LINEAMIENTOS por los que se establecen medidas de austeridad en el gasto de operación en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 22/02/2016, así como el DECRETO por el que se aprueba el Programa para un Gobierno Cercano y Moderno 2013-2018. De publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 30/08/2013

costosas para el erario como por ejemplo jubilaciones por cesantía en edad avanzada y vejez. Aunque esta utopía es verdaderamente atractiva y políticamente rentable, al no existir en realidad un incentivo económico o de supervivencia que obligue al estado a materializar dicho fin, como si existe en la iniciativa privada donde el empresario depende de un margen de ganancia cada vez más reducido, y que para el Estado es más rentable políticamente a corto y mediano plazo crecer sus redes clientelares más que reducir su tamaño y aumentar su eficiencia, la tendencia real es que el aparato gubernamental lleve a cabo las funciones a su cargo con las mismas o más personas, la diferencia es que con la creciente política de austeridad ya no hay plazas autorizadas por la Secretaría de Hacienda, que debe de dar su visto bueno para que un empleado reciba un salario con cargo al erario. Esto parece una contradicción, y si lo es, ya que el Estado materialmente si está ocupando a las mismas personas o incluso a más, solo que en vez de contratarlas como debería ser en términos jurídicos laborales, lo que hace es celebrar contratos temporales y por prestación de servicios profesionales, con lo que logran tener al personal necesario para las labores, sin que dicho personal se refleje públicamente como empleado, ni de base, ni de confianza y sin que se refleje presupuestalmente como pagos de salarios. Esta manifestación, que evidentemente se desprende de una lectura personal y subjetiva de lo que es evidente, deberá ser a futuro respaldada con su investigación propia para validar sus propias conclusiones.

8. CONCLUSIÓN

La posibilidad o imposibilidad de acceso a la justicia

En primer lugar, tomaremos el caso de los empleados de la iniciativa privada que son sujetos a la contratación a través de un contrato de prestación de servicios profesionales o bajo un esquema fiscal de honorarios asimilados a salarios.

Al amparo de la Ley Federal del Trabajo, reguladora del Artículo 123 apartado A de la Constitución Política de México, y según lo que se ha venido exponiendo a lo largo de este documento, independientemente de la manera en que esté documentada la relación laboral, o inclusive ante la ausencia de cualquier documento, si se presta un servicio personal, subordinado, con dependencia del prestador al beneficiario, y con la contraprestación por ese servicio existe una relación de trabajo. En otras palabras, no importa si el contrato celebrado es de prestación de servicios profesionales, prestación de servicios independientes, comisión mercantil, factor de comercio, o cualquier otro esquema de contratación civil o mercantil para la prestación de un servicio; no importa tampoco si los pagos se documentan a través de recibos de honorarios, facturas, si solo se paga efectivo, o cualquier otro medio de pago; *SI EXISTE UNA RELACIÓN PERSONAL CON SUBORDINACIÓN, DEPENDENCIA Y PAGO, HAY RELACIÓN LABORAL* y por lo tanto, *aunque al parecer existe una barrera legal que implicaría una incompetencia de la jurisdicción laboral, el empleado tiene garantizado su acceso a la justicia laboral, que le corresponde, y el derecho a hacer efectivas por medio de una acción jurisdiccional todos los derechos laborales de que es beneficiario por ser trabajador.*

Esta protección y aplicación de la justicia a quién verdaderamente es un empleado, tiene un equivalente matizado para las personas que prestan un servicio personal, subordinado, con dependencia y con la contraprestación de un salario para los que lo hacen dentro de la administración pública centralizada al amparo de un contrato de prestación de servicios profesionales, ya que como lo vimos más arriba, el tener un contrato de prestación de servicios profesionales *no necesariamente excluye la posibilidad de reclamar prestaciones laborales ni excluye a su vez la competencia de las autoridades jurisdiccionales para efectos laborales*, dado que se puede entablar una litis precisamente respecto de si existe el elemento laboral de subordinación y dependencia o no, pero aún demostrando la relación laboral, puede ser que el empleado se vea imposibilitado para acceder a derechos laborales si resulta que aunque empleado, sus funciones fueron de confianza o que el nombramiento que le hubiera correspondido en una base estaba limitado por el mismo tiempo del contrato civil celebrado. Lo anterior, efectivamente representa una barrera institucional o contractual que impide un acceso a la justicia a las personas que debiendo ser considerados empleados *de acuerdo o en atención a sus funciones*, se les impide tener acceso a derechos laborales aunque no se niegue el derecho a la acción jurisdiccional ante las autoridades laborales para hacer efectivos derechos laborales.

Nuestra conclusión podría ser lo suficientemente reveladora y controversial ya en sí, pero hay un matiz adicional que es de suma importancia práctica y jurídica. Esto es porque hay una importante parte de la población que actualmente labora para el sector público en la administración pública paraestatal o descentralizada. Estos entes y organismos que lo integran, al ser dependientes del Estado

se rigen internamente por las mismas normas y prácticas que lo hace la administración pública centralizada, pretendiendo tener listas de categorías y puestos que distinguen al personal de base con los de confianza, y los de "estructura" con los eventuales o externos o simplemente "no de estructura". En esta dinámica se llevan a cabo prácticas tales como negar derechos laborales a los empleados de confianza, y celebrar contratos de prestación de servicios profesionales en vez de contratos de trabajo. Lo anterior inclusive, en el remoto caso de que lleguen a existir contratos de trabajo, ya que, en términos de la administración pública centralizada, los entes paraestatales o descentralizados no pueden contratar libremente a su personal dado que el pago de salarios implica el ejercicio de presupuesto público, y bajo esta premisa, en espejo a lo que sucede en la administración centralizada, otorgan nombramientos en vez de celebrar contratos. Esto puede ser muy delicado, y conlleva un riesgo laboral muy elevado para la administración pública, dado que en términos del criterio jurisprudencial que excluyó a toda la administración pública descentralizada o paraestatal del régimen de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, los hizo vasallos por exclusión de la Ley Federal del Trabajo, en toda su imponente protección y tutela de los derechos laborales y por lo que para todos los efectos legales a que haya lugar *LOS EMPLEADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARAESTATAL O DESCENTRALIZADA TIENEN EL ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA DE SUS DERECHOS LABORALES GARANTIZADA EN TÉRMINOS DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO*, generando así un posible pasivo contingente para la hacienda pública de dimensiones superlativas debido al abuso de parte de la autoridad de esquemas de contratación como la prestación de servicios

profesionales que se pueden fácilmente traducir en materia de juicios laborales por reclamo de acciones o prestaciones de naturaleza laboral, así como responsabilidades administrativas por omisiones respecto de obligaciones patronales de seguridad social.

Con todo lo anterior, esperamos que el lector pueda tener un panorama general de los diversos regímenes laborales que aplican simultáneamente en México, así como conocer de diversas prácticas de contratación de empleados en esquemas diversos de los estrictamente labores y como pueden o no afectar en el posible acceso a la justicia de dichos empleados.

BIBLIOGRAFÍA

- DE BUEN L., Néstor, *Derecho del trabajo*, Tomo primero, Vigésimo primera edición, México, Porrúa, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo, La justicia social: acceso a la justicia y responsabilidad del jurista en nuestra época*, Facultad de Derecho UNAM-Porrúa, México, 2007.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Humanos en México*, México, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C.V., 2015.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos Artemio, *Acceso Efectivo a la Justicia*, México, Porrúa, 2012.
- DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo I, vigesimosegunda edición, segunda reimpresión, México, Porrúa, 2015.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, teoría del contrato, Contratos en particular*, México, Porrúa, 2000.
- GARNER, Bryan A., Editor in Chief, "Black's Law Dictionary", English Edition, Estados Unidos de América, Thomson West, 2004.
- GUIMARÁES RIBEIRO, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, España, J.M. Bosch Editor, 2004.
- GUTIERREZ CANTÚ, Miguel Ángel, *La justicia laboral en los trabajadores al servicio del Estado*, dentro de la *Obra Jurídica Enciclopédica*, Volumen de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Coord. de la obra, Juan Pablo Pampillo Baliño, Manuel Alexandro Munive Páez, México, Porrúa, Centro de Investigación e Informática Jurídica, 2012.
- KAYE, Dionisio J., *Relaciones individuales y colectivas del trabajo*, México, Themis, 2014.
- MUÑOZ RAMÓN, Roberto, *Tratado de derecho del trabajo*, México, Porrúa, 2006.
- OLIVOS CAMPOS, José René, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, México, Editorial Porrúa, 2013.

ORWELL, George, *Rebelión en la granja*, trad. de Gabriela Corral Dueñas, Santiago-Chile, Edición Digital, S.A., 2014, pos.1566.

REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Los Derechos Humanos Laborales*, México, Tirant Lo Blanch, 2015.

VILLAREAL REYES, Alma Ruby, *Derecho colectivo burocrático*, México, Porrúa, 2011.