

274
201



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**LOS SERVICIOS PUBLICOS CONTRATADOS COMO
PRESTADORES DE SERVICIOS PROFESIONALES.**

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

CAROLINA MARTINEZ LOYOLA

Asesor: Lic. Froylan Martínez Suazo



267136

México, 1998

**TESIS CON
FALIA DE CUBREN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**LOS SERVIDORES PUBLICOS CONTRATADOS COMO PRESTADORES DE
SERVICIOS PROFESIONALES**

INTRODUCCION	I
CAPITULO I. ^{IV} CONCEPTOS GENERALES	1
1.1. SERVIDOR PUBLICO.	2
1.2. EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES	10
1.2.1. Desde el punto de vista civil	16
1.2.2. Desde el punto de vista fiscal.	22
1.3. TRABAJADOR AL SERVICIO DEL ESTADO	26
1.4. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS FUNCIONES PUBLICAS.	37
1.4.1. PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS PUBLICOS	39
1.4.2. ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LA LEY	41
1.4.3. IMPOSIBILIDAD DEL ESTADO DE REALIZAR ACTOS ILICITOS.	42
CAPITULO II.- MARCO JURIDICO GENERAL	45
2.1. CONSTITUCION POLITICA (Art. 5o. y Art. 123 apartado "B").	47
2.2. LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO	74
2.3. LEY FEDERAL DEL TRABAJO.	89

2.4. DIVERSOS ORDENAMIENTOS DE SEGURIDAD	
SOCIAL	95
2.4.1. Ley del ISSSTE	101
2.4.2. Ley del FOVISSSTE.	105
2.5. CODIGO CIVIL	107
2.6. DIVERSAS LEYES FISCALES.	119
2.6.1. Ley del Impuesto Sobre la Renta.	119
2.6.2. Ley del Impuesto al Valor Agregado	128
CAPITULO III.- PROBLEMÁTICA DE LOS SERVIDORES	
PUBLICOS CONTRATADOS COMO PRESTADORES	
DE SERVICIOS PROFESIONALES..	133
3.1. ENCUBRIMIENTO DE LA RELACION LABORAL	134
3.2. AUSENCIA DE PRESTACIONES	140
3.2.1. Laborales.	141
3.2.2. Seguridad Social	143
3.3. INSEGURIDAD EN LA FUENTE DE TRABAJO.	146
CONCLUSIONES.	149
BIBLIOGRAFIA.	152

INTRODUCCION.

Los servidores públicos contratados como prestadores de servicios profesionales, y por ende sujetos desde el punto de vista fiscal al rgimen de honorarios, es el problema que se aborda en el trabajo de tesis que se presenta, mismo que nace de la evidente situación jurídica en la que actualmente se encuentran inmersas una multitud de personas que prestan sus servicios dentro de la administración pública, en especifico, como dependientes del poder ejecutivo federal.

Es principio de derecho público que las autoridades sólo pueden realizar aquellas conductas que les son permitidas por la norma y siempre en estricto apego a la ley.

Sin embargo, es de observarse que dentro de la esfera de las relaciones laborales entre particulares, la

contratación de trabajadores sujetos a un contrato de prestación de servicios, se considera una simulación de la relación laboral, y se protege a dichos trabajadores mediante presunciones a su favor para efecto de que sean respetadas sus garantías sociales como trabajadores.

Sirve de ejemplo de lo anterior el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación denominado "CONTRATO DE TRABAJO. TODA PRESTACION DE SERVICIOS SALVO PRUEBA EN CONTRARIO", así como la norma contenida en el artículo 12 Fracción I de la nueva Ley del Seguro Social, que considera trabajador sujeto de afiliación, sin importar la forma en que se le denomine por el patrón.

Aplicando estos conceptos dentro del ámbito de los trabajadores al servicio del Estado, es concluyente que la contratación de personas mediante el sistema de prestación de servicios, pero que materialmente se encuentran subordinados de manera personal a la administración pública encubre una simulación jurídica, realizada por quienes dada su posición deberían ser sus principales defensores de la norma, y no sus transgresores.

Para este efecto, el trabajo a realizar inicia con un análisis del contrato de prestación de servicios, estableciendo sus principales características, así como los derechos y obligaciones que del mismo se derivan, y sus

principales consecuencias de derecho, haciendo notar su aspecto de relación jurídica del ámbito civil y justificando su ubicación dentro de esta materia.

Posteriormente, se analizarán los elementos de la relación laboral, comparándolo con los de un prestador de servicios, a fin de determinar con claridad sus diferencias específicas que permiten discernir con total nitidez las diferencias entre las dos figuras, y así concluir en cual de ellas se encuentra el sujeto que presta sus servicios personales y subordinado al Estado pero que es contratado como prestador de servicios.

Asimismo, es de analizarse en este trabajo, la principales consecuencias que sufre el trabajador sujeto al sistema antes mencionado de contratación, haciéndose resaltar su pérdida de derechos laborales, de seguridad social, así como las múltiples obligaciones de índole fiscal a las que se ve constreñido a cumplir y aceptar a efecto de conservarse dentro de una fuente de trabajo.

Finalmente, se concluye con la sugerencia de proteger a los trabajadores que por simulación jurídica son privados de sus principales derechos sociales, propugnando por su asimilación a la categoría de trabajadores formales y por ende como titulares de todos los derechos y beneficios que la ley concede a esta calidad de sujetos.

CAPITULO I.- CONCEPTOS GENERALES

Previo al análisis del problema central del presente trabajo de tesis es necesario precisar los principales conceptos que se implican en el objeto de estudio, de tal forma que podamos tener las herramientas necesarias para captar en su debida dimensión el problema que se plantea.

En este orden de ideas comentaremos brevemente las definiciones que diversos tratadistas han establecido al respecto de los conceptos de Servidor Público. El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales en sus aspectos civil y fiscal, la noción de trabajador y su forma especial del trabajador al servicio del estado así como lo que hemos dado en llamar Principios Rectores de las Funciones Públicas, lo que realizamos a continuación:

1.1. SERVIDOR PUBLICO

Al hablar de la noción de servidor público es indispensable referirse inicialmente al concepto Estado mismo que conforme a la doctrina mas aceptada debe entenderse, conforme al tratadista español Sánchez Agesta como :

"Una comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico, autónomo y centralizado que tiende a realizar el bien común en el ámbito de esa comunidad."¹

Sobre esta definición es conveniente hacer hincapi en lo que el tratadista conceptúa como "Mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de funcionarios", en donde se introduce como un elemento en la misma noción de Estado al llamado Funcionario Público que dentro de nuestro Derecho Positivo equivale a Servidor Público, debindose resaltar la intima vinculación que se hace de este con el orden jurídico en una unión que desde el punto de vista teórico es indisoluble.

¹ González Uribe, Hector. Teoría Política. 10a. edición. Porrúa. México, 1976. Pág.158

En este orden de ideas viene al caso invocar la concepción que sobre Estado se encuentra en la Teoría Pura de Derecho del tratadista Hans Kelsen quien sobre este punto en particular nos expresa:

"Si el estado es concebido como una comunidad social, la misma como anteriormente se expuso, solo puede constituirse mediante un orden normativo. Dado que una comunidad solo puede constituirse mediante uno de esos ordenes (al punto de identificarse con l), el orden normativo que constituye el estado solo puede ser el orden coactivo relativamente centralizado que hemos reconocido como orden jurídico estatal."²

Es de comentarse que esta identificación que Kelsen realiza sobre Estado y Derecho se encuentra sumamente relacionada con la noción de competencia pues de acuerdo a esta teoría positivista será la norma o mejor dicho el sentido normativo el que atribuirá a la conducta de determinados sujetos al Estado, desarrollando estos una función como órganos del mismo que nos inducirá con claridad

² Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. 8a. edición. Porrúa. México, 1995. Pag. 292

a los alcances de la expresión Funcionario Público.

A mayor claridad el Estado como cualquier persona moral actúa necesariamente a través de sus órganos de representación pues en sí carece de sustancia corpórea, y tratándose en esta identificación de Estado y Orden Jurídico la imputación de efectos jurídicos implica la competencia y facultades que el Estado tiene y que ejercita a través de sus funcionarios, pero que jurídicamente estos actos siempre son considerados como del propio estado.

Ahora bien es importante señalar que en la mayoría de los sistemas jurídicos a la persona que la norma permite atribuir su conducta al Estado se le denomina Funcionario Público, pues realiza una función del Estado, siendo esta denominación con la que normalmente es encontrado en la doctrina, aunque en nuestro Derecho Positivo se utilice expresamente Servidor Público.

Al respecto de la definición de Funcionario Público, la tratadista Olga Hernández Espíndola, nos dice:

"El Funcionario Público en México es un servidor del Estado destinado por disposición de la ley para ocupar grados superiores de la estructura orgánica de aquel y para asumir

funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando

Este concepto se fundamenta en un criterio orgánico, de jerarquía y de potestad pública que da origen al carácter de autoridad que reviste a los funcionarios públicos para distinguirlos de los demás empleados y personas que prestan sus servicios al Estado bajo circunstancias opuestas, es decir, ejecutan ordenes de la superioridad y no tienen representatividad del órgano al que están adscritos."³

De la definición anterior se desprende como elemento principal que la calidad de funcionario deriva del orden jurídico lo que en nuestra opinión es un punto incontrovertible y base en este trabajo de tesis.

Sin embargo, la tratadista en cuestión introduce como elementos en su acepción la realización de funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando, distinguiendo en su concepto al funcionario del simple

³ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Voz Funcionarios Públicos. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. 5a. edición. Porrúa. México, 1992. Pág. 1500

empleado del estado al que constriñe actividades subordinadas exclusivamente.

Sobre el particular es de comentarse que el límite o frontera entre ambas categorías que nos presenta el concepto aludido es sumamente ambiguo pues en la multiplicidad de actividades que realiza el estado, tanto en su actuar ante terceros como en sus relaciones internas es difícil distinguir quien realiza realmente conductas de funcionario o de empleado.

A guisa de ejemplo, podemos mencionar que un sujeto que se encarga de la recepción y acuse de documentos, llamado Oficial de Partes, quien conforme al criterio anterior y dada su subordinación es un empleado, realiza actividades que obligan al Estado y que tienen contempladas consecuencias jurídicas tales como interrupción de trminos, iniciación de los mismos para confesión negativa ficta e inclusive fundamento para la interposición de un Juicio de Amparo por violaciones al Derecho de Petición, es decir, la recepción del documento es atribuida o imputada directamente al Estado.

En este orden de ideas, es conveniente comentar al respecto de la dualidad de conceptos funcionario - servidor público.

En principio, y desde nuestro punto de vista, la noción de funcionario comunmente aceptada en la doctrina, es la mas precisa para identificar al sujeto que por efecto de la norma realiza una conducta cuyos efectos jurídicos son imputados al Estado, mismo que como toda persona moral puede actuar única y exclusivamente a travs de sus órganos, es decir realizara sus funciones por conducto de personas físicas y con apoyo al principio de imputación jurídica.

Por otra parte la denominación Servidor Publico, vigente en nuestro derecho positivo y por consiguiente imperante en la doctrina sobre la materia en nuestro país, conduce a diversos equívocos pues innecesariamente se confunde con la concepción de Servicio Publico, que de acuerdo con el tratadista Gabino Fraga puede ser entendido como:

"El Servicio Publico considerado como una parte tan solo de la actividad estatal, se ha caracterizado como una actividad creada con el fin de dar satisfacción a una necesidad de inters general que de otro modo quedaría insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha y aunque la idea de inters publico se encuentre en todas las actividades estatales y la satisfacción de

los intereses generales no es monopolio del estado, lo que distingue al servicio publico es que la satisfacción del inters general constituya el fin exclusivo de su creación."*

Como se desprende de lo anterior el único servidor publico es el Estado mismo, quien es el que a final de cuentas satisface la necesidad general mediante los recursos que tiene a su alcance entre otros a los mismos funcionarios públicos.

Aun la objeción en el sentido que la denominación Servidor Publico es acertada en virtud de que estos sujetos son los que en forma material y directa realizan y dan cumplimiento a los servicios públicos del estado debe ser desechada dado que como el mismo maestro Fraga nos dice no toda actividad del estado tiene relación con el Servicio Publico y ademas estos pueden ser proporcionados por los particulares mediante concesiones y los medios humanos que estos concesionarios utilizarán jamas serian calificados como Servidores Públicos por encontrarse fuera de la estructura del estado.

Debe encontrarse la razón de la modificación

* Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. 34a. edición. Porrúa México, 1996. Pag. 243

legislativa de funcionario a Servidor Publico fuera de los textos legales, dentro del campo de la Sociología y entender con ello que a lo largo de muchas dcadas y a nivel popular se había relacionado el concepto de funcionario con la idea de prepotencia y abuso del poder publico, razón por la cual el presidente Miguel de la Madrid Hurtado pretendió eliminar el concepto sustituyndolo por la idea de Servidor Publico que en su momento relaciono con la ideología del hroe nacional Jose Ma. Morelos quien había declinado durante la etapa de Independencia del País el titulo de "Alteza Serenísima" y pidiendo al congreso de Anahuac que pretendía atribuirle dicho honor se le llamare "Siervo de la Nación".

En este sentido la idea fue atribuir a nivel popular que los funcionarios públicos estaban al servicio de la Nación y por consiguiente subordinados al pueblo en quien residía esencial y originalmente la soberanía.

1.2. EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES

Un segundo concepto a desarrollar de trascendencia incuestionable en el presente trabajo de tesis es el de contrato de prestación de servicios profesionales tomando en consideración sus consecuencias tanto desde el punto de vista civil como en su aspecto fiscal.

A este respecto es pertinente partir de la idea general de acto jurídico considerándolo como una manifestación de voluntad con un objeto lícito del cual derivan derechos y obligaciones, dentro de los cuales y como una de sus especies más importantes se encuentra el contrato, acto jurídico bilateral y en su momento pilar ideológico de la concepción liberal que llevo al contrato a casi todos los campos del conocimiento social siendo ejemplo de ello la teoría de Rousseau del Contrato Social.

De manera más específica y refiriéndonos al contrato que nos ocupa nos encontramos con que este ha sido definido por la doctrina de la siguiente forma:

"El contrato de prestación de servicios profesionales es aquel en el que una persona, denominada profesor o profesionista, se obliga hacia otro, denominado cliente o beneficiario, a prestarle un servicio de carácter intelectual o material o de ambos géneros derivados de una profesión técnica o científica reconocida por la ley, mediante una retribución económica."⁵

⁵ Chirino Castillo, Joel. Derecho Civil III. 2a. edición. Mc Graw Hill. México, 1996. Pág. 128

Por su parte el reconocido tratadista Ramón Sánchez Medal, lo define como:

"El contrato por el que una persona llamada profesionista o profesor se obliga a prestar determinados servicios que requieren una preparación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario."⁴

De las anteriores definiciones se pueden desprender los elementos de existencia y de validez que sustentan al contrato de estudio mismos que podemos sintetizar de la siguiente forma:

a) Elementos de existencia.

1. Consentimiento.- Mismo que es conceptuado por el Doctor Joel Chirino Castillo como:

"el acuerdo de voluntades manifestado en forma exterior en el que las partes del

⁴ Sánchez Medal Ramón. De los Contratos Civiles. 13a Edición. Porrúa. México, 1994. Pag 322.

contrato se ponen de acuerdo en el servicio profesional a prestar y el monto de los honorarios y gastos de este servicio".⁷

2. Objeto.- El mismo autor en cita, al referirse al objeto del contrato nos dice que:

"el objeto indirecto del contrato se constituye por la prestación de un servicio de carácter técnico o científico y los honorarios que podrán ser en dinero o en especie."⁸

A este respecto, es de considerarse si dentro de la clasificación de servicio técnico o científico, se encuentran incluidas las actividades relativas a las ciencias sociales, como el derecho, a las que siempre se les ha cuestionado su cientificidad, y por nuestra parte los juristas hemos siempre alegado que son mucho más que simplemente técnicas, por lo que en nuestra opinión el objeto del contrato es un servicio simplemente especializado, con lo que se abarca toda clase de actividad de cualquier rama del saber humano que implique un conocimiento preciso, soportado en estudios específicos sobre la misma actividad en cuestión.

⁷ Chirino Castillo, Joel, op. cit. pág. 128

⁸ Idem

b) Elementos de validez

1. Capacidad. Que como es obvio decir, en este contrato se requiere tener la capacidad general para contratar, pero además una capacidad específica, es decir, la calidad de profesor o profesionista, carácter que en caso de omisión puede tener las consecuencias que el citado Doctor Chirino precisa diciendo:

" El profesionista o profesor deberá tener además un título oficial reconocido por la Dirección General de Profesiones para que pueda prestar el servicio profesional, ya que la falta de la patente respectiva impide cobrar retribución alguna por los servicios prestados aunque el servicio haya salido con buen éxito; por tal motivo el que presta un servicio profesional sin tener el título oficial y la patente del ejercicio profesional requerida".

En nuestra opinión las consecuencias a las que alude el autor transcrito en las líneas que anteceden es inexacta, pues conforme a la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, también llamada Ley de Profesiones, las Profesiones que requieren registro y patente para su

ejercicio son contadas, restringiéndose sola para aquellas actividades que por su importancia y trascendencia social es importante su control estricto, tales como abogados, contadores, mdicos, químicos, actuarios, ingenieros, entre otros.

Ahora bien, el autor parte de la base, correcta en principio, que al profesor o profesionistas se le contrata para la realización de alguna actividad estrictamente relacionada con sus conocimientos especializados, verbigracia, el contador para la elaboración de una auditoría contable, el abogado para el patrocinio de un juicio, o el ingeniero civil para la realización de una construcción. Sin embargo, y en la práctica cotidiana, nos encontramos con que en numerosas ocasiones son contratados los profesionistas para la realización de actividades diversas a las de su especialidad, y para tal efecto se recurre al contrato de prestación de servicios, siendo caso de ello los abogados, ingenieros y contadores, que son contratados para la realización de actividades administrativas, como puede ser gerencias de recursos humanos, de compras, o en general actividades menores dentro de estos y otros rubros, siendo caso de ello los múltiples servidores públicos que contrata el gobierno federal para actividades administrativas remuneradas por honorarios, muchos de ellos carentes de títulos profesionales, y no por ello sin derecho a reclamar

la remuneración correspondiente por sus servicios en virtud que la actividad realizada no requiere de título alguno para su ejercicio.

En el extremo de este caso, nos encontramos con diversos seudoprofesionistas que a través de poderes de personas morales o de nombramientos de servidor público, realizan actividades que verdaderamente son específicas de una profesión, pero al actuar con el carácter de apoderados evaden el acreditamiento del legal ejercicio de la profesión.

2. Ausencia de vicios en el consentimiento, dentro de los cuales podemos mencionar el error, dolo, mala fe, lesión o violencia, aplicándose en este caso las reglas generales de los contratos contempladas en el Código Civil

3.- Ilícitud en el objeto, motivo o fin del contrato, regulándose este aspecto por las normas aplicables a los actos jurídicos en forma genérica, por lo que un contrato de prestación de servicios con objeto ilícito, por ejemplo la contratación de un mercenario para el homicidio de alguna persona, por más específico que sea el servicio a prestar sería obviamente un pacto nulo.

4.- La forma, en la especie el contrato de prestación de servicios profesionales no tiene una forma

obligatoria, por lo que el mismo puede ser escrito o simplemente consensual.

1.2.1. Desde el punto de vista civil

Una vez precisado el concepto del contrato de prestación de servicios profesionales, así como sus elementos de existencia y validez, es pertinente comentar los efectos que dicho contrato produce desde el punto de vista civil, mismos que procederemos a comentar :

a) La obligación de prestar el servicio por parte del Profesionista o Profesor.

Sobre este particular es de precisarse que el servicio podrá ser prestado directamente por el profesionista o a través de terceros, siendo en última instancia el responsable de los daños y perjuicios que estos últimos provocaren; estando obligado a prestar el servicio en forma personal únicamente cuando exista convenio expreso, lo que se presenta normalmente en aquellos casos en que el servicio a prestarse implica una habilidad especial como es el caso de los artistas, pintores, compositores, cantantes, etc.

Por otra parte el servicio deberá ser realizado en la forma y tiempo que se haya pactado, así como las

características técnicas que se hubieren pactado con la salvedad que el profesionista tendrá discrecionalidad en aquellos puntos no establecidos e incluso podrá modificar lo pactado si de esto deviene un riesgo que no se había contemplado pues no hay que perder de vista que el profesor o profesionista es el especialista en la materia.

b) La obligación de pagar los honorarios correspondientes por parte del receptor del servicio.

A este respecto, debemos señalar que en principio los honorarios se pactan libremente entre las partes con excepción de aquellos servicios que sean limitados expresamente por la ley mediante la fijación de un arancel, cual es el caso de los notarios y los corredores públicos.

c) La obligación de cubrir las expensas que se generen por el servicio a cargo del receptor del mismo.

En este punto, es importante comentar que por expensas debe entenderse todos aquellos gastos que en forma directa se deriven de los servicios prestados y que sean indispensables para su debida ejecución tales como viáticos, pago de impuestos y derechos, materiales entre otros.

En principio el receptor del servicio debería

cubrir por anticipado dichas expensas pero en caso que no fuere así o bien que las cantidades anticipadas hubieren sido insuficientes, deberá ineludiblemente reembolsar los gastos efectuados al profesionista.

d) Obligación de avisar la renuncia a la prestación del servicio por parte del profesor.

En lo concerniente a esta obligación, es de apuntar que se actualiza al momento en que el profesor o profesionista con causa justificada se desliga del cumplimiento del contrato antes que se haya cumplido en sus terminos con el servicio objeto del mismo, es decir, estando dicho servicio en desarrollo.

Dado lo anterior, es justificable que se imponga al prestador de servicio la obligación de avisar la renuncia que realiza, a efecto que el interesado se encuentre en actitud de contratar a diversa persona y evitarse daños y perjuicios.

Sin embargo, es interesante comentar que si la causa de la renuncia no implica una imposibilidad absoluta para la realización del servicio el profesionista estará obligado a realizar las gestiones necesarias para impedir daños a su contratante hasta en tanto no sea sustituido por otro profesionista.

e) Obligación de responder por daños y perjuicios por negligencia, impericia o dolo por parte del Profesionista.

Sobre este particular debe distinguirse que las causas de pago de daños y perjuicios provienen de tres fuentes distintas a saber: Negligencia, Impericia y Dolo.

En lo que toca al concepto de Negligencia, por ella debemos entender aquella conducta de hecho u omisión que realiza el profesionista en la cual se actúa con ligereza o descuido causando daños o perjuicios al receptor del servicio e implicando conocimiento especializado del responsable.

Por su parte cuando hablamos de impericia nos referimos a aquella conducta realizada por un supuesto profesionista o profesor en la cual se trasluce el desconocimiento de la materia o especialidad que presuntamente debería conocerse y que la misma produce daños y perjuicios al receptor del servicio.

Finalmente al hablar de Dolo, es conveniente distinguir que no nos referimos a este concepto en su modalidad de vicio de la voluntad en donde se le concibe como un artificio o engaño para inducir al error, sino que en este caso su contenido es mas cercano al dolo penal en donde en

forma intencional se realiza una conducta ilícita y se quiere el resultado, es decir, se pretende realizar daños y perjuicios en contra del receptor del servicio.

En los tres casos anteriores y desde el punto de vista civil el afectado podrá demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con independencia de denunciar o querrellarse en su caso por la posible comisión de conductas en su perjuicio ante las autoridades competentes.

f) Obligación de confidencialidad al respecto de la información recibida por motivo de los servicios profesionales prestados (artículo 210 y 211 del Código Penal).

A mayor abundamiento podemos decir que esta obligación se encuentra implícita en la mayoría de los contratos en donde la información que recíprocamente se proporcionan los contratantes, no es de libre circulación, a mayor razón en contratos de prestación de servicios en donde se hacen del conocimiento del profesionalista detalles íntimos de los particulares o secretos industriales de las empresas que al ser propagados conllevan graves perjuicios económicos o morales para los titulares de la información .

g) La obligación de prestar el servicio o de pagar

los honorarios en la forma, tiempo y lugar que se hubiere pactado. (art. 2078)

h) Tratándose de los honorarios, si es que no existe plazo para el pago, este tendrá que ser treinta días después del requerimiento, y al respecto de los servicios estos deberán cumplir cuando lo exija el acreedor siempre cuando haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación (art. 2080).

i) El pago de los honorarios tendrá que hacerse en el domicilio del profesionalista, salvo convenio en contrario. (art. 2082).

1.2.2. Desde el punto de vista fiscal.

En lo que toca a este punto es conveniente mencionar que el contrato de Prestación de Servicios Profesionales se presupone celebrado entre dos partes iguales, es decir, sin que exista una relación de dependencia o subordinación entre ellas.

A mayor abundamiento el prestador de servicios o profesionalista se supone independiente libre de contratar sus servicios a quien mas le acomode y en esta idea la legislación fiscal lo considera dentro del rubro de personas

físicas con actividades empresariales.

Lo anterior quiere decir que la legislación tributaria le asigna la calidad de contribuyente, de actividades lucrativas independientes, con las consiguientes obligaciones generales que a todos los integrantes de la relación impositiva imputa la ley.

Dentro de estas obligaciones generales iniciales encontramos las siguientes:

a) Inscribirse en el patrón de contribuyentes bajo el registro federal que al efecto corresponde.

b) Contabilizar sus operaciones conforme lo establezca la ley de la materia.

c) Realizar sus declaraciones anuales o con la periodicidad que marque la ley,

d) Recaudar y enterar los impuestos que determine la legislación tributaria en los plazos y modalidades que la misma determina, caso específico el impuesto al valor agregado.

e) Expedir comprobantes de las operaciones

realizadas con los requisitos que al efecto determine el Código Fiscal de la Federación.

De manera específica encontramos que el Prestador de Servicios Profesionales se encuentra afectado principalmente por dos tipos de impuestos, el primero que incide sobre los ingresos regulado por la Ley del Impuesto Sobre la Renta, y la segunda aplicable al consumo consagrada en la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

En lo que respecta a la Ley del Impuesto Sobre la Renta encontramos con las siguientes obligaciones:

a) Enterar al erario público el impuesto correspondiente calculado sobre la base gravable, entendiéndose esta como el total de los ingresos acumulables menos las deducciones permitidas por la ley y aplicándose al efecto las tasas contempladas en la misma legislación impositiva.

Sobre el particular es de hacer notar que en este impuesto la tasa que se aplica para el cálculo del impuesto es progresiva, es decir, se incrementa en función de los ingresos, quien mas ingresos percibe tendrá que cubrir un mayor monto de impuesto.

b) El contribuyente tendrá derecho de aplicar a su base gravable todos los subsidios y deducciones que establezca la ley en su beneficio.

c) La realización de declaraciones anuales por cada ejercicio fiscal así como las declaraciones provisionales, trimestrales los días 17 de los meses de abril, julio, octubre y enero del siguiente año.

d) Realizar pagos provisionales trimestrales con cargo al impuesto anual.

e) Obtener las constancias de retención por concepto del pago provisional del 10% relativo a los ingresos provenientes de personas morales.

f) Las obligaciones generales de todo contribuyente a que hicimos alusión con anterioridad.

Por otra parte y en lo que atañe al impuesto al valor agregado es de recordarse que esta contribución incide sobre el consumo y que el prestador de servicios desde un punto de vista teórico actúa como un mero recaudador del impuesto que es pagado por el consumidor.

Sin embargo esta regulación impone al profesionista

las obligaciones que a continuación se detallan:

a) Enterar el impuesto a la autoridad hacendaria pudiendo descontar el impuesto de la misma especie que a su vez el profesionista hubiere pagado y se encuentre respaldado debidamente.

b) Emitir comprobantes de las operaciones realizadas trasladando por separado el monto del impuesto.

c) Llevar contabilidad separando los actos y actividades que generan el impuesto distinguiendo entre las diversas tasas así como de aquellos que estn libres de pago.

d) Las obligaciones generales de todo contribuyente incluyendo las declaraciones correspondientes.

Como conclusión de lo anterior y derivado de las obligaciones fiscales a las que hemos hecho alusión podemos decir que el tratamiento que se da al Prestador de Servicios Profesionales es igual o equivalente al de cualquier otra persona física que realiza actividades empresariales, industriales o comerciales y por tanto podemos afirmar que se le considera como un centro independiente de ingresos, económicamente activo y por supuesto nunca subordinado.

1.3. TRABAJADOR AL SERVICIO DEL ESTADO.

Por lo que toca a este concepto y como primera idea a desarrollar señalaremos el concepto general que la doctrina nos ha dado sobre la noción de Trabajador, para despues comentar si es justificable la distinción legal entre Trabajador y Trabajador al Servicio del Estado.

La base de análisis de nuestra doctrina se centra en el artículo 80. de la Ley Federal del Trabajo que conceptúa al Trabajador de la siguiente forma:

"Es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado".

De acuerdo con el maestro Baltasar Cavazos Flores de la anterior definición se pueden desprender los siguientes elementos:

"a) El trabajador siempre tiene que ser una persona física; las personas morales nunca pueden ser trabajadores, y

b) La prestación de un trabajo personal subordinado".⁹

Al respecto de este concepto el tratadista Juan B. Climent Beltrán comenta:

"La definición de Trabajador contenida en el artículo 8o. mejora notablemente la del artículo 3o. de la Ley de 1931 que decía: Trabajador es toda persona que presta a otra un servicio material, intelectual, o de ambos generos en virtud de un contrato de trabajo."¹⁰

Es de hacer hincapi que el texto legal impide la realización de trabajos en equipo en donde sólo existe un subpatrón que explota a los integrantes.

Por otra parte también se elimina el condicionamiento de la existencia de un contrato de trabajo, aspecto que es comentado por el mismo autor en los siguientes términos:

⁹ Cavazos Flores Baltasar. Ley Federal del Trabajo Tematizada. 3a. edición. Trillas. México, 1977. Pág. 132

¹⁰ Climent Beltrán, Juan B. Ley Federal del Trabajo. Comentada. 11a edición. Esfinge. México, 1996. Pág 46.

"Tambin es muy importante la supresión en el precepto actual del trmino " en virtud de un contrato de trabajo" siendo suficiente para la calificación de trabajador la prestación de un trabajo personal subordinado; ya que de este modo opera con plena legitimación la teoría de la relación de trabajo, que se manifiesta cualquiera que sea el acto que le de origen, conforme al artículo 20 de la propia ley, es decir, independientemente de que haya o no un contrato formal de trabajo. Esto se refleja en la aplicación del rgimen jurídico de la Ley Laboral a toda prestación de trabajo personal subordinado y retribuido, descartando simulaciones que pretendan darle a esa situación de hecho un carácter contractual distinto, para eludir las responsabilidades laborales".¹¹

El autor en cita evidencia la importancia de calificar la calidad de trabajador en función de su aspecto material , es decir, de la prestación de un trabajo personal y subordinado y no como se hacía anteriormente desde un punto de vista formal atendiendo al tipo de contrato que se hubiere

¹¹ Climent Beltrán Op Cit Pág 47

firmado, dado que este ultimo criterio había dado pie a simulaciones jurídicas en donde bajo la apariencia de contrato de prestaciones de servicios o comisión mercantil se encubrían verdaderas relaciones de trabajo.

Abundando en lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Jurisprudencia definida estableció lo siguiente:

TRABAJO, CONTRATO DE. SUS DIFERENCIAS CON LA COMISION MERCANTIL.

La comisión mercantil tiene una marcada diferencia con el contrato de trabajo pues en tanto que aquella se manifiesta por un acto o serie de actos, que solo accidentalmente crean dependencia entre comisionista y comitente, que dura solo el tiempo necesario para la ejecución de esos actos, en el contrato de trabajo esa dependencia es permanente, su duración es indefinida o por tiempo determinado, pero independientemente del necesario para realizar el acto materia del contrato, siendo la característica esencial de este último contrato la dependencia económica que existe entre la empresa y el trabajador. De modo que si el comisionista solo puede ocuparse de los asuntos

del comitente, sin poder prácticamente ocuparse de otros, se encuentran en una sujeción y dependencia que dan a su contrato las características de un contrato de trabajo.

Quinta poca:

A. R. 3970/22. Sánchez Severiano. 4 Noviembre de 1925. Mayoría de siete votos.

A. R. 3569/29. Ceballos Cayetano. 10. de Junio de 1931. Unanimidad de 4 votos.

A.R. 1064/31. Cia. Mexicana Molinera de Nixtamal, S. A. 23 de Septiembre de 1931. cinco votos.

Competencia 569/34. suscitada entre la junta central de conciliación y arbitraje del estado de Puebla y el Juez Cuarto Menor de la Ciudad de Mexico. 4 de Marzo de 1935. Unanimidad de 18 votos.

Competencia 150/36. Suscitada entre el Juzgado Primero de lo Civil del Distrito Federal y el Grupo Número Cuatro de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal. 29 de Marzo de 1937. Mayoría de diez votos.¹²

Sobre este particular el Dr. Nestor De Buen Lozano,

¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Apndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995, Tomo V. Materia del Trabajo. Themis. México, 1995. Pág. 392.

distingue entre trabajadores asalariados y no asalariados, expresando que la protección de la Ley Federal del Trabajo se restringe a los primeros, concluyendo su postura como sigue:

" La conclusión a que habrá de llegarse es que la condición de trabajador podrá depender de dos factores. Conforme al primero, resultará del dato objetivo de la existencia de la relación subordinada. En esos casos no importará el espíritu con que el "trabajador" participe de la relación, esto es, mas o menos inclinado en favor de la clase empresarial (v.gr.: en el caso de los representantes del patrón) y sólo se tendrá en cuenta la prestación de servicios. En realidad este es el concepto en el que descansa la ley. De acuerdo con el segundo, la condición de trabajador dependerá sólo de la actividad, sin tener en cuenta la existencia o inexistencia de un patrón determinado".¹³

Por otra parte y al comentar en forma específica el concepto legal que de Trabajador establece la Ley Federal del

¹³ De Buen Lozano, Nestor. Derecho del Trabajo, Tomo I, 10a. Edición (Revisada y Actualizada). Porrúa, México, 1997. Pág 487

Trabajo el mismo autor nos comenta que:

"Es evidente, despues de lo dicho en el apartado número 2 que estas definiciones no comprenden a todos los trabajadores, sino sólo a los asalariados. La definición de la ley actual, más precisa, sólo tiene el defecto secundario de hablar de "persona moral", concepto arcaico y deficiente propuesto en la Cámara de Diputados en sustitución del más tcnico de persona jurídica, que contenía la "Iniciativa presidencial".¹⁴

Por su parte el afamado tratadista Mario De la Cueva, mismo que con sus teorías fue promotor principal en la creación de la ley vigente al referirse al concepto de Trabajador nos comenta :

"Las normas de la Declaración de derechos sociales reposan, entre otros varios, en el principio de la igualdad de todas las personas que entregan su energía de trabajo a otro, por lo que no existe ni puede existir

¹⁴ De Buen Lozano Op Cit Pág. 489

diferencia alguna, como ocurre en otras legislaciones, entre trabajador, obrero o empleado."¹⁵

En cuanto a la definición del art. 8o de la legislación actual, el mismo autor nos dice que:

"En cambio, la Ley nueva dice en su art. octavo que trabajador es la persona física que presta a otra, física o jurídica, un trabajo personal subordinado, cambio que implica que únicamente la persona física, esto es, el hombre, puede ser sujeto de una relación de trabajo, solución que sirvió, entre otros objetivos, para que el contrato de equipo, que era una fuente de explotación de los trabajadores, quedara al margen de la ley."¹⁶

Más adelante el tratadista en cita nos aclara:

"No todas las personas físicas son trabajadores. De ahí que el derecho del

¹⁵ De la Cueva, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. 14a. Edición, Porrúa. México, 1976. Págs. 152 y 153.

¹⁶ Idem

trabajo tuviera que señalar los requisitos que deben satisfacerse para que se adquiriera esa categoría, quiere decir, fue indispensable que la ley definiera el concepto".¹⁷

Asimismo, el tratadista Euquerio Guerrero, en relación al concepto legal de Trabajador nos dice:

"Con acierto nuestra ley actual precisó conceptos al señalar que el trabajador debe ser una persona física y quiso recalcar la no diferenciación de la actividad desarrollada para poder clasificar a un trabajador, cuando agregó que para los efectos del precepto, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual y material, independientemente del grado de preparación técnica requerido para cada profesión u oficio".¹⁸

De lo antes expuesto, se desprende que la ley requiere como trabajador a una persona física, excluyendo a las personas morales, por lo tanto la prestación del servicio

¹⁷ Ibídem, Pág. 153

¹⁸ Guerrero L., Euquerio. Manual de Derecho del Trabajo. 19a. Edición Porrúa. México, 1996. Pág. 33

debe ser estrictamente personal.

Por su parte los tratadistas Walter Kaskel y Herman Dersch, nos dicen que:

"Trabajador es el concepto general que comprende los obreros y los empleados. Presupone una persona que presta trabajo y otra que recibe la prestación (empleador). El concepto trabajador no tiene una definición legal de carácter general, sino que sólo lo definen algunas leyes para el ámbito de validez de ellas".¹⁹

A mayor abundamiento los autores en cuestión concluyen:

"Por lo tanto, sólo es trabajador quien se halla en una relación de trabajo dependiente de carácter privado, voluntariamente contraída con otra persona."²⁰

De manera mas especifica, el concepto de Trabajador

¹⁹ Kaskel, Walter y Dersch, Hermann. Derecho del Trabajo. 5a. edición. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1961. Pág. 35.

²⁰ Idem

al Servicio del Estado en su forma legal lo encontramos plasmado en el artículo 3o. de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado reglamentaría del apartado "B" del artículo 123 constitucional que a la letra dice:

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

Como se observa del precepto transcrito esta definición incluye como elemento adicional para la existencia de la calidad de trabajador, el elemento de un nombramiento o el figurar en las listas de raya en caso de ser trabajador temporal, punto que es importante tomar en consideración pues en base a el se produce la simulación de la relación laboral a la que injustamente son sometidos los trabajadores sujetos al rgimen de honorarios.

Por su parte, el tratadista Jos Davalos Morales al comentar el concepto que nos ocupa como aportación al Diccionario Jurídico Mexicano, a la letra nos dice:

"Trabajadores al Servicio del Estado: Son las personas físicas que prestan sus servicios en

la realización de la función pública, de manera personal, bajo la subordinación del titular de una dependencia o de su representante y en virtud de nombramiento expedido por autoridad competente." ²¹

1.4. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS FUNCIONES PUBLICAS.

Procederemos a hablar ahora de lo que hemos dado en llamar Principios de las Funciones Públicas, identificándose como tal a la Presunción de Legalidad, al Estricto cumplimiento de la Ley e Imposibilidad del estado de realizar actos ilícitos.

Sobre el particular es de comentarse que el concepto de Principio a que nos referiremos es tomado de la doctrina expuesta por el afamado tratadista inglés Ronald Dworkin, quien en oposición a las teorías positivistas de Kelsen y Austin, sostiene que el derecho no está integrado exclusivamente de normas, sino que están incluidos en el principios y directrices políticas y al efecto nos dice:

²¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Jos Davalos. Voz Trabajadores al Servicio del Estado. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo F-Z, 5a. edición. Porrúa. México, 1992. Pág. 3107.

"Llamó Directriz o Directriz política al tipo de standart que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamó Principio a un standart que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz y la que de ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio."²²

En este orden de ideas es de afirmarse que el actuar del estado tiene que ajustarse no solamente a lo que expresamente establezca el Derecho Positivo a través de normas sino que además debe atender a principios que atiendan

²², Dworkin Ronald. Los Derechos en Serio. Editorial Planeta Agostini. España. 1993. Págs. 72 y 73

a la justicia, la equidad y la moral en forma general.

Lo anterior sin perjuicio que en forma implícita y algunas veces expresa estos principios se encuentren contemplados dentro del orden normativo pues aún en su ausencia la calidad del estado como productor y aplicador del derecho deberá considerar a los principios mencionados.

1.4.1. PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS PUBLICOS

Este principio significa que todo acto que el Estado realiza para el desempeño de sus funciones lleva implícita la presunción de legalidad que no es otra cosa mas que el reconocimiento por parte del orden jurídico de que el acto del Estado se considera ajustado a derecho salvo prueba en contrario, es decir, la presunción es Iuris Tantum.

Este principio se encuentra reflejado principalmente en dos instituciones: La documental Pública y La Presunción de Legalidad de la sentencia.

Sobre La Documental Pública es de señalarse que en todos los Códigos Procesales de las diversas materias se considera al documento expedido por el Estado como prueba plena, teniendo la carga de la prueba el particular que pretenda desvirtuarla en cuanto a su legalidad o

autenticidad.

Por lo que hace a la sentencia, la mayor parte de las codificaciones adjetivas contienen el principio de considerar que la sentencia esta dictada conforme a derecho y por tanto el particular afectado tiene que impugnar expresamente las causas de ilegalidad para que estas sean revocadas.

Lo anterior se ve proyectado inclusive en el Juicio de Amparo en donde ya sea por constitucionalidad o por legalidad, solamente se puede anular un acto de autoridad a instancia de parte y sus efectos se destruirían en forma retroactiva como producto de la sentencia de anulación pero en tanto el acto sera presuntivamente válido.

1.4.2. ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LA LEY

Un segundo principio a considerar como postulado en el actuar de el Estado, consiste en lo que hemos llamado estricto cumplimiento de la ley que no es otra cosa mas que los órganos del estado deben ceñirse a lo expresamente preceptuado por la norma.

Sobre el particular es de apuntar el aforismo que dice que tratándose de Derecho Público "Todo lo que no esta

expresamente permitido, esta prohibido", como principio contrario al que opera en Derecho Privado en donde "Lo que no esta expresamente prohibido para el particular esta permitido".

Lo anterior implica que el estado como principal ente de Derecho Público solamente puede hacer lo que expresamente le autoriza en la norma, misma que incluso constituye sus órganos les da facultades y atribuciones e impone deber, situación que ha llegado al extremo por algunos autores como Hans Kelsen de asimilar Estado con orden jurídico y concluir que el primero solo es la personificación del Derecho Vigente en un lugar determinado.

En otro orden de ideas es tambien de recordarse que al estado le compete la aplicación del derecho es decir no sólo esta obligado a cumplir en si mismo las normas vigentes sino que debe interpretarlas y aplicarlas aun por medios coactivos sobre los particulares que se encuentran sometidos a su poder, a veces a travs de sus órganos jurisdiccionales como en el caso de los juicios en las diversas materias y en otras a travs de actos administrativos como en el caso de otorgamiento de permisos, concesiones y controles fiscales.

De lo anterior se infiere con claridad que si alguna persona esta obligada al cumplimiento de la ley es el

Estado mismo y más aún cuando actúa en relaciones de Derecho Privado o de Derecho Social en donde este principio debiere impedir que el estado simulare actos inexistentes, defraudara o en general incumpliere sus obligaciones con impunidad, pues su calidad de garante de legalidad debiere impulsarle en todo momento a cumplir la ley por sobre todas las cosas incluso a su perjuicio.

1.4.3 IMPOSIBILIDAD DEL ESTADO DE REALIZAR ACTOS ILICITOS

Un último principio, que en realidad no es mas que la consecuencia de los dos anteriores es el de imposibilidad del estado de realizar actos ilícitos, pues si dicho ente actúa en estricto cumplimiento de la ley y sus actos en si mismos se presumen legales es concluyente que existe la imposibilidad de incurrir en la ilicitud que se menciona.

No hay que pasar por alto que el estado como sujeto de derecho corresponde a las llamadas personas jurídicas o morales, de las cuales la doctrina, principalmente de Derecho Privado, a discutido si pueden o no cometer actos ilícitos pues en la mayoría de los ordenamientos los delitos solo pueden ser imputados a personas físicas por considerar que solo estas tienen la voluntad y la posibilidad de responsabilizarse de esta clase de conductas pues a final de cuentas toda persona moral actúa a través de sus órganos los

que necesariamente serán personas físicas.

Transfiriendo estas conclusiones al estado podemos afirmar que este como persona jamás podría cometer un delito y si de sus actividades alguna ilicitud se produjere esta solo sería imputable a la persona física que actuara en representación del estado pero nunca al estado mismo y sobre dicha persona física incidirían las consecuencias del delito o ilícito cometido.

Lo anterior es veladamente aceptado por el Código Civil que al hablar de las obligaciones que surgen de los actos ilícitos principalmente en su artículo 1917 responsabiliza a los Servidores Públicos que cometan ilícitos con motivo de sus atribuciones pero el estado solo responde solidariamente si el acto ilícito es dolosa y subsidiariamente en los demás casos.

Como conclusión de estos principios es de sostenerse que el estado en todas sus actividades y relaciones jurídicas esta obligado a ajustarse necesariamente a la ley, estándole prohibido infringirla en forma alguna por su propia naturaleza y si alguna ilicitud se derivara de sus actos esta sería imputable al funcionario o servidor público que la hiciera y nunca al estado.

CAPITULO II.- MARCO JURIDICO GENERAL

- 2.1. Constitución Política (Art 5o. y Art 123 apartado "B").
- 2.2. Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
- 2.3. Ley Federal del Trabajo.
- 2.4. Diversos Ordenamientos de Seguridad Social.
 - 2.4.1. Ley del Issste
 - 2.4.2. Ley del Fovissste
- 2.5. Código Civil
- 2.6. Diversas Leyes Fiscales
 - 2.6.1. Ley del Impuesto Sobre la Renta
 - 2.6.2. Ley del Impuesto al Valor Agregado

CAPITULO II.- MARCO JURIDICO GENERAL

Procederemos ahora a realizar un breve repaso al respecto de las diversas disposiciones que actualmente se encuentran en vigor relacionadas con el tema de estudio, siguiendo al efecto la clasificación que sobre la jerarquía de las normas nos proporciona el tratadista Eduardo García Maynes, y al efecto comentaremos las normas referidas iniciando por las establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y posteriormente comentaremos leyes federales en el siguiente orden: Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Ley Federal del Trabajo, Diversos ordenamientos de Seguridad Social, Ley del ISSSTE, y Normas del FOVISSTE, Código Civil, Ley del Impuesto Sobre la Renta y finalmente la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Asimismo, es de hacer mención que el cúmulo de

leyes que se mencionaran en este capítulo son en su mayoría federales pues para los efectos de este trabajo al referirnos a Trabajador al Servicio del Estado nos restringimos a aquel que presta sus servicios en beneficio del Gobierno Federal, excluyndose a los que están subordinados a las entidades federativas o a los municipios, y por tanto serán las normas federales las que en forma directa regulen las relaciones jurídicas objeto del presente trabajo de tesis.

Caso de excepción de lo anterior lo constituyen las disposiciones del Código Civil, a la que nos referiremos en virtud de que regula al Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, pues este ordenamiento es de fuero común, es decir, legislación privativa de los estados o entidades federales.

Para los efectos anteriores el Código Civil a comentar será el vigente para el Distrito Federal, sin embargo, consideramos que dada la semejanza que sobre la figura de estudio existe entre los diversos Códigos Civiles de los Estados de la República, gran parte de los comentarios y conclusiones a las que llegaremos serían válidas aun bajo las disposiciones o Códigos Civiles vigentes en los estados.

Una vez expuesto lo anterior procederemos a realizar el análisis y comentario de los ordenamientos antes

citados como sigue:

2.1. Constitución Política

Uno de los primeros artículos a comentar lo constituye el artículo 5o. constitucional, que contiene la llamada garantía de Libertad de Trabajo, cuyo texto a la letra dice:

"Art. 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada Estado, cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de

expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

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

El Estado no puede permitir que se lleve a

efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona, por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o personalmente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona."

En relación a este artículo, Santiago Barajas

Montes de Oca y Francisco José de Andrea Sánchez, explican lo siguiente:

"Como lo han expresado casi todos los autores tanto de derecho constitucional como de derecho laboral, al resultar la libertad de trabajo una quimera dentro del régimen liberal, pues imperó el principio de la ley de la oferta y la demanda sobre el mercado de trabajo, así como el del mejor dotado sobre el desigual, los abusos evidentes cometidos en su perjuicio de los trabajadores hicieron necesario un cambio radical de las relaciones jurídicas, obligándose al Estado a reconocer y garantizar no únicamente dicha libertad, sino a regular al mismo tiempo todas las formas de contratación y empleo tanto en lo individual como en lo colectivo; en lo individual para defender la dignidad y la persona del trabajador; en lo colectivo para obligar a los empresarios o patronos a la utilización racional de los sectores profesionales, a fin de encauzar los imperativos y exigencia de la economía nacional, sin lesionar los intereses de la

clase, sobre todo en aquellos países que en mayor medida requieren de la fuerza de trabajo para su desarrollo." ²³

Por su parte el Doctor Ignacio Burgoa, nos expone las limitaciones que se dan a esta garantía, mismas que en forma sinttica pueden resumirse en las siguientes:

1. La Libertad de Trabajo, tiene una limitación en cuanto a su objeto: se requiere que la actividad comercial, industrial, profesional, etc. sea lícita.

2. Por regla general la libertad de trabajo se hace extensiva a todo gobernado independiente de su condición particular con excepción del ejercicio del sacerdocio, para el cual se requiere ser mexicano por nacimiento.

3. La libertad de trabajo solo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen derechos de terceros.

4. Otra limitación, consiste en que la libertad de

²³ Barajas Montes de Oca Santiago y Francisco Jos de Andrea Sánchez. Comentarios al artículo 5o. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada), 3a. edición, editada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1992, Pág. 28 y 29.

trabajo podrá ser restringida mediante resolución gubernativa en los trminos que marque la ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

5. Asimismo otra limitación la encontramos en el texto que se comenta cuando se constriñe a los sujetos a desempeñar ciertos servicios aún en contra de su voluntad, como es el caso de los servicios de las armas, el de jurados, cargos concejiles y los de elección popular.

6. Otra importante limitación la encontramos en lo que se ha denominado profesiones que necesitan título para su ejercicio, debindose determinar en la ley cuales son estas y que requisitos son necesarios para el otorgamiento del título correspondiente.

7. Finalmente el Dr. Burgoa encuentra otras limitaciones a la libertad del trabajo en el mismo artículo 123 constitucional, pues en dicho precepto al regularse el mínimo de edad laboral, las normas de higiene y en general aquellas medidas protectoras de los trabajadores, implican limitaciones y prohibiciones que inciden directamente sobre la garantía de referencia.²⁴

²⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. 28a edición. Porrúa. México, 1976. Págs. 311-332.

Por otra parte, nos encontramos que otra disposición constitucional directamente vinculada con el objeto de estudio de la presente tesis lo constituye el 123 de nuestra carta magna, en donde se establecieron las bases y fundamentos del Derecho del Trabajo, precisando las competencias, prohibiciones y obligaciones de obreros y patronos, así como la intervención que el estado desempeña como regulador del equilibrio económico entre los factores de la producción.

Sobre este particular y al comentar la gestación del artículo constitucional en cuestión, el tratadista Jorge Sayeg Helú, nos dice:

" Y es que una de las motivaciones fundamentales de la Revolución Mexicana fue precisamente la injusta situación que sobre este particular prevalecía; pues era enajenado, prácticamente, el trabajo de miles de hombres, a la voracidad de patronos inconscientes a quienes poco importaba agotar al hombre en el trabajo y arrebatarse su dignidad, consiguientemente, a cambio del provecho personal que de ello derivaba."²⁵

²⁵ Sayeg Helú, Jorge. El Constitucionalismo Social Mexicano. Tomo II. 2a. edición. UNAM. México, 1987. Pág. 281.

Este pensamiento se vio reflejado en el mismo dictamen de la comisión encargada del proyecto constitucional quin expreso:

" ... la libertad de trabajo debe tener un límite marcado por el derecho de las generaciones futuras. Si se permitiera al hombre agotarse en el trabajo, seguramente que su progenie resultaría endeble y quizá degenerada y vendría a constituir una carga para la comunidad."²⁴

Dada su extensión haremos breve comentario de sus partes más relevantes como sigue:

En un primer aspecto, el artículo en mención, hace una pronunciación general sobre el Derecho del Trabajo, estableciendo lo siguiente:

"Art. 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley."

²⁴ Citado por Sayeg Helú. Op. Cit. Pág. 281.

Por otra parte, se establece expresamente que es competencia del Congreso de la Unión y por tanto atribución federal el legislar en materia de trabajo, siendo este aspecto fundamento de validez de las disposiciones reglamentarias reguladas en la Ley del Trabajo y en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Sin embargo el constituyente considero conveniente fijar expresamente las condiciones mínimas de trabajo, a las cuales debería ajustarse el congreso al momento de expedir la Ley Reglamentaria, señalándose sobre este aspecto normas reguladoras de la jornada, trabajo de menores y mujeres, salario, utilidades, habitación, capacitación y adiestramiento, seguridad e higiene, huelga y solución de controversias, contrato de trabajo, y seguridad social.

Por lo que hace a la jornada de trabajo, el artículo en cuestión dispone:

"I. La duración de la jornada máxima será de ocho horas,

II. La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo despues de las

diez de la noche, de los menores de diecisis años;

IV. Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos:"

Por otra parte, se incluyen también aspectos o casos de excepción principalmente relacionadas con el trabajo de menores y mujeres, que como antes habíamos expresado siguiendo el pensamiento del Dr. Ignacio Burgoa constituye una limitación a la Libertad del Trabajo no obstante tratarse de medidas protectoras para el trabajador. Muestra de lo anterior lo constituyen las fracciones 3a y 5a que en lo conducente establecen:

"III. Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de diecisis, tendrán como jornada máxima la de seis horas;

V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifique un peligro para su salud en relación con la gestión; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha

fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos;"

Otras disposiciones relevantes que fueron reguladas dentro del artículo 123 constitucional son las protectoras al salario de los trabajadores, en donde abandonándose las tradicionales concepciones del contrato de trabajo como parte del Derecho Civil y por tanto sujeto a la Ley de la oferta y la demanda y al principio de la autonomía de la voluntad, se estatuyo un sistema de protección inspirado en el Derecho Social y plasmado en instituciones tales como el salario mínimo, la comisión dictaminadora sobre este, así como un rgimen de excepción por inembargabilidad y limites a la compensación. Dichas instituciones quedaron expresadas como sigue:

"VI. Los salarios mínimos que deberán disfrutar los trabajadores serán generales o profesionales. Los primeros regirán en las áreas geográficas que se determinen; los segundos se aplicarán en ramas

determinadas de la actividad económica o en profesiones, oficios o trabajos especiales.

Los salarios mínimos deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando, además las condiciones de las distintas actividades económicas.

Los salarios mínimos se fijarán por una comisión nacional integrada por representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno, la que podrá auxiliarse de las comisiones especiales de carácter consultivo que considere indispensable para el mejor desempeño de sus funciones;

VII. Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad;

VIII. El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento;

X. El salario deberá pagarse precisamente en

moneda de curso legal, no siendo permitido hacerlo efectivo con mercancías, ni con vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que se pretenda sustituir la moneda;"

Otro rubro importante a considerar consistió en la inquietud del legislador por proveer por una mejor distribución de la riqueza, pues al considerar que era el trabajo el que generaba la plusvalía y por consiguiente las utilidades de las empresas, se estableció una participación moderada de los trabajadores sobre estas, derecho que elevándose a la categoría constitucional quedo plasmada en los siguientes trminos:

"IX. Los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades de las empresas, regulada de conformidad con las siguientes normas:

a) Una comisión nacional, integrada con representantes de los trabajadores, de los patronos y del gobierno, fijará el porcentaje de utilidades que deba repartirse entre los trabajadores;

b) La comisión nacional practicará las

investigaciones y realizará los estudios necesarios y apropiados para conocer las condiciones generales de la economía nacional. Tomará asimismo en consideración la necesidad de fomentar el desarrollo industrial del país, el inters razonable que debe percibir el capital y la necesaria reinversión de capitales;

c) La misma comisión podrá revisar el porcentaje fijado cuando existan nuevos estudios e investigaciones que lo justifiquen;

d) La ley podrá exceptuar de la obligación de repartir utilidades a las empresas de nueva creación durante un número determinado y limitado de años, a los trabajos de exploración y a otras actividades cuando lo justifique su naturaleza y condiciones particulares;

e) Para determinar el monto de las utilidades de cada empresa se tomará como base la renta gravable de conformidad con las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Los trabajadores podrán formular ante la oficina correspondiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público las objeciones que juzguen

convenientes, ajustándole al procedimiento que determine la ley;

f) El derecho de los trabajadores a participar en las utilidades no implica la facultad de intervenir en la dirección o administración de las empresas;"

Una inquietud comunmente compartida por los diputados que integraron al constituyente de 1917, lo fue el limitar la explotación que en ese tiempo sufrían los trabajadores, derivada de jornadas infrahumanas, de sol a sol, que además eran mal remuneradas o en ocasiones no pagadas sino obligatorias en todo momento para los trabajadores a cambio del mismo jornal.

Esta situación condujo al constituyente a regular en forma expresa Jornadas máximas de labor, e instituir en favor de los trabajadores la figura de las horas extras con un valor económico superior a la jornada normal y con límites en cuanto a su extensión y periodicidad, normas protectoras que en los textos actualmente en vigor se encuentra consagrado de la siguiente forma:

"XI. Cuando por circunstancias extraordinarias, deban aumentarse las horas de jornada, se abonará

como salario por el tiempo excedente un 100% más de lo fijado para las horas normales. En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas. Los menores de diecisis años no serán admitidos en esta clase de trabajos;"

Ahora bien, el artículo en cuestión concede a los trabajadores derechos que ya no se encuentran relacionados exclusivamente con la prestación del trabajador en forma directa sino que tienden a mejorar su calidad de vida y su eficiencia a futuro, mediante la introducción de dos instituciones, la primera la habitación para los trabajadores y la segunda lo que se ha dado en llamar la capacitación y adiestramiento.

En lo que toca a la habitación para los trabajadores es claro que la intención fue poder proporcionar a las clases mas desvalidas de nuestra sociedad la posibilidad de obtener una vivienda digna para el y su familia, con la colaboración para tal fin de las empresas ante las cuales preste sus servicios así como con el financiamiento del estado, lo que se ha visto en la práctica mediante el otorgamiento de créditos por parte de organismos descentralizados del estado, tales como el Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores al servicio del Estado y el

Instituto Nacional de vivienda para los trabajadores.

En otro orden de ideas se implementa la capacitación y adiestramiento de los trabajadores como obligatoria para las empresas y con la finalidad de que cada trabajador año con año vaya superando sus habilidades y eficiencias y con ello sea candidato para acceder a puestos y funciones de mayor responsabilidad y por ende mejor remunerados, lo que quedo establecido en el texto constitucional como sigue:

"XIII. Las empresas, cualquiera que sea su actividad, estarán obligadas a proporcionar a sus trabajadores, capacitación o adiestramiento para el trabajo. La ley reglamentaria determinará los sistemas, mtodos y procedimientos conforme a los cuales los patrones deberán cumplir con dicha obligación."

De igual forma, se regula un aspecto prioritario en el bienestar de los trabajadores que es el relativo a su salud, para lo cual se establecieron dos vertientes, la primera que tiende a preservar al trabajador dentro de su fuente de trabajo instituyendo las denominadas comisiones de seguridad e higiene, y la otra que incide al respecto de la salud del trabajador, su familia y lo relativo a su retiro,

se instrumento en diversas instituciones de Seguridad Social, así como la creación de diversos organismos estatales como el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

En lo conducente el artículo 123 de nuestra carta magna nos dice:

"XIV. Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario:"

Una importante conquista elevada a rango constitucional fue el reconocimiento del Derecho de Huelga de los Trabajadores, como instrumento o medio de presión legal para la defensa de sus intereses y derechos, en caso de ser

vulnerados por la clase patronal, lo que quedo señalado en los trminos siguientes:

"XVII. Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos las huelgas y los paros;

XVIII. Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciere actos violentos contra las personas o las propiedades o, en caso de guerra, cuando aquellos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del gobierno;"

Asimismo, el Estado instituyo para la solución de las controversias, principio que además se aplicaría en casi todos los organismos relacionados con la materia laboral, un

ente tripartito, dentro del cual eran representados tanto trabajadores como patronos y el mismo Estado, preceptuándose de la siguiente forma:

"XX. Las diferencias o los entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos y uno del gobierno."

Una última consideración en lo relativo a este apartado del artículo 123 constitucional lo constituye el hecho que si bien es cierto la legislación de la materia laboral es federal, su aplicación fue dividida entre la federación y los estados atendiendo a un principio de exclusión, que significa que la constitución y por ende la legislación reglamentaria en forma idéntica, mencionan expresamente los ramos o materias de competencia federal y todo lo que no se encuentre ahí considerado se entiende de jurisdicción local.

En este sentido, nos encontramos con que se atribuye a la competencia de las autoridades federales los ramos más importantes de la industria y de los servicios, dentro de los cuales podemos mencionar de manera enunciativa

y a guisa de ejemplo los siguientes:

Ramas industriales y servicios:

1. Textil;
2. Eléctrica;
3. Cinematográfica;
4. Huletera;
5. Azucarera;
6. Minera;
7. Metalúrgica y siderúrgica,
8. De hidrocarburos;
9. Petroquímica;
10. Cementera;
11. Calera;
12. Automotriz, incluyendo autopartes mecánicas o eléctricas;
13. Química, incluyendo la química farmacéutica y medicamentos;
14. De celulosa y papel;
15. De aceites y grasas vegetales;
16. Productora de alimentos,
17. Elaboradora de bebidas que sean envasadas o enlatadas o que se destinen a ello;
18. Ferrocarrilera;
19. Maderera básica,
20. Vidriera,

21. Tabacalera,

22. Servicios de banca y crédito:

Mención aparte merece lo relativo a las disposiciones que regula las relaciones entre el Estado y los trabajadores a su servicio, mismas que dentro del aspecto constitucional fueron reguladas dentro de un apartado especial con disposiciones de excepción a las que se habían establecido para los trabajadores en general y a cuyo contenido hemos hecho referencia en líneas anteriores, estableciéndose el llamado apartado "B", que es fundamento legal de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado.

Sobre el particular los tratadistas Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, nos comentan:

"Las garantías sociales mínimas de los empleados públicos son los derechos sociales establecidos en su favor por el apartado B del artículo 123 de la Constitución. Por el solo hecho de estar reglamentadas las relaciones jurídicas entre el Estado y sus servidores en el artículo 123 constitucional, dentro del título denominado "Del

Trabajo y de la Previsión Social", la relación entre el Estado y sus trabajadores constituye una relación de derecho laboral."²⁷

Es de aclararse que dicho apartado solamente contempla a los Trabajadores que prestan sus servicios a los Poderes de la Unión y a los del Gobierno del Distrito Federal, pues las que se establezcan con los Gobiernos de los Estados y de los municipios se regirán por leyes especiales que al efecto expidan las legislaturas locales.

Es importante mencionar, que no todas las disposiciones del apartado "B" del artículo 123 que se comenta son en si mismas normas de excepción sino que varias de ellas reproducen en forma idntica a las disposiciones vigentes para las relaciones laborales entre particulares, siendo ejemplo de ello las fracciones I, que se refiere a la duración de la jornada; II, concerniente a el día de descanso semanal; V, relativa al salario igual sin distinción de sexo; VI, que regula la protección al salario; y la fracción XI, que establece las normas mínimas sobre las cuales se proporcionará la seguridad social de los Trabajadores al Servicio del Estado incluyendo la vivienda.

²⁷ Trueba Urbina Alberto y Trueba Barrera Jorge. Legislación Federal del Trabajo Burocrático, 34a. edición. Porrúa, México, 1995. Pag. 16.

Por otra parte, podemos clasificar las normas de excepción en dos grandes rubros, el primero que concede a los trabajadores del Estado prestaciones adicionales a las que gozan aquellos que tienen relación laboral entre particulares, y un segundo grupo de disposiciones mediante las cuales se restringen los derechos laborales, normalmente condicionándolos en su ejercicio.

Dentro de los primeros, es decir de aquellos que conceden prestaciones superiores, se ubica el relativo a las vacaciones que en lo conducente dice:

III. Los trabajadores gozarán de vacaciones, que nunca serán menores de veinte días al año;

Como es notorio, esta prestación es evidentemente superior a los seis días de vacaciones que gozaría un trabajador de recién ingreso en una relación laboral normal entre particulares.

Un segundo derecho a comentar es el denominado ascenso escalafonario, mediante el cual el trabajador puede reclamar, incluso por vía jurisdiccional, el ascenso a una plaza superior vacante por razón de sus conocimientos, aptitudes y principalmente de su antigüedad, lo que fue establecido por la fracción VIII del artículo que se comenta

en los siguientes trminos:

"VIII. Los trabajadores gozarán de derechos de escalafón a fin de que los ascensos se otorguen en función de los conocimientos, aptitudes o antigüedad. En igualdad de condiciones, tendrá prioridad quien represente la única fuente de ingreso en su familia;"

Por otra parte y dentro del segundo grupo de disposiciones, es decir aquellas que restringen o limitan de alguna forma el ejercicio de los Derechos Laborales encontramos la relativa al Derecho de Asociación y Huelga, en donde el Derecho de los Trabajadores al Servicio del Estado para la utilización de este instrumento de presión social se encuentra limitada a aquellos casos en que exista una violación general y sistemática de los Derechos laborales, lo que es expresado por la fracción X de apartado B que se comenta en los siguientes trminos:

X. Los trabajadores tendrán el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes. Podrán, asimismo, hacer uso del derecho de huelga, previo el cumplimiento de los requisitos que determine la ley, respecto de una o varias dependencias de los Poderes Públicos,

cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que este artículo les consagra:

Ahora bien, existen normas que se encuentran en la frontera entre el derecho laboral y el administrativo, cuyo caso más claro es el relativo a los salarios pues estos se encuentran directamente vinculados a las partidas presupuestales que el Congreso de la Unión aprueba anualmente al ejecutivo, que más que ser un derecho del trabajador es una limitante para la obtención de posibles aumentos, que serían prácticamente imposibles de no ser considerados en el presupuesto.

Lo anterior es regulado en la fracción IV, cuyo contenido establece:

IV. Los salarios serán fijados en los presupuestos respectivos, sin que su cuantía pueda ser disminuida durante la vigencia de stos.

Dos aspectos importantes en el artículo que se comenta son los relativos a las controversias que se susciten entre el Estado y sus Trabajadores, principalmente en aquellos casos en que el cese pudiere ser injustificado y por tanto se vulneren los derechos del trabajador.

estableciéndose al efecto normas protectoras en la fracción IX del artículo y apartado multicitado al tenor de lo siguiente:

IX. Los trabajadores sólo podrán ser suspendidos o cesados por causa justificada, en los términos que fije la ley.

En caso de separación injustificada tendrán derecho a optar por la reinstalación en su trabajo o por la indemnización correspondiente, previo el procedimiento legal. En los casos de supresión de plazas, los trabajadores afectados tendrán derecho a que se les otorgue otra equivalente a la suprimida o a la indemnización de ley;

El segundo aspecto a considerar era el relativo al órgano que se encargaría de solucionar la controversia, con las facultades jurisdiccionales necesarias pero distinto al que se encargue de los conflictos entre particulares determinándose al efecto en la fracción XII el establecimiento del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, con excepción de los trabajadores al servicio del poder Judicial quedaron sujetos a las determinaciones del consejo de la judicatura federal.

Finalmente es de agregarse que otro caso de excepción lo constituyen los trabajadores que presten sus servicios en áreas estratégicas para la seguridad nacional tales como las fuerzas armadas, los cuerpos de seguridad pública y el servicio exterior mexicano, salvedad que quedo regulada en la fracción tercera de la siguiente forma:

XIII. Los militares, marinos y miembros de los cuerpos de seguridad pública, así como el personal del servicio exterior, se regirán por sus propias leyes.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo de Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones.

2.2 La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado

Una vez expuesto y comentado el fundamento constitucional que rige a las relaciones laborales entre los trabajadores y el Estado, es pertinente realizar el estudio de la normatividad más relevante plasmada en la ley

reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional también denominada Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Un primer aspecto a considerar es el ámbito subjetivo de aplicación de la ley que nos ocupa es decir, aquellos sujetos o clases de sujetos a los cuales se considera como receptores de los derechos y obligaciones establecidos por el ordenamiento en cita y al efecto el artículo 1o de la ley mencionada nos dice:

Art. 1. 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, 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 Avila Camacho" y Hospital Infantil; así como de los organismos

descentralizados, similares a los anteriores que tengan a su cargo función de servicios públicos.

Sobre este precepto es de comentarse la polémica suscitada por incluir a diversos organismos descentralizados como sujetos de aplicación de la ley, sin que existiere fundamento constitucional alguno, sobre este particular los tratadistas Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera nos dicen:

"Este precepto amplía la aplicación de la Ley Burocrática a diversas instituciones y organismos descentralizados que tienen a sus cargo funciones de servicio público. La disposición a originado problemas constitucionales y jurídicos en relación con la determinación de la legislación que le es aplicable a este tipo de organismos descentralizados, ya que el apartado B del artículo 123 constitucional no se refiere a ellos, en tanto que la fracción XXXI del apartado A del mismo precepto alude a dichos organismos descentralizados." ²⁰

Esta cuestión ha sido decidida en forma definitiva

²⁰ Trueba Urbina Alberto y Trueba Barrera Jorge. Op. Cit. Pág 20.

por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en jurisprudencia obligatoria estableció que los organismos descentralizados se regían por el apartado A del artículo 123, lo que da consecuencias bastante interesantes, e incluso curiosas tales como que los trabajadores del Instituto de Seguridad Social y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, como ente descentralizado se rijan por el apartado A del 123 constitucional, a pesar de estar al servicio de los trabajadores del Estado.

Otra consecuencia importante y a la cual regresaremos con posterioridad en este mismo trabajo es la relativa a la personas que prestan sus Servicios Profesionales por Honorarios en estos organismos descentralizados, dado que la jurisprudencia vertida desde hace mucho tiempo al interpretar la Ley Federal del Trabajo, reglamentaria del apartado A del 123 constitucional, había señalado que si el prestador de servicios estaba subordinado y prestado un servicio personal debía ser considerado como trabajador, y por tanto esta tesis jurisprudencial le es aplicable a estos trabajadores de organismos descentralizados que actualmente se regirán por dichas normas.

Otra crítica lo es también el excesivo causalismo en que es redactado el artículo puesto que obliga que cualquier cambio de denominación de los órganos públicos

enumerados o la creación de nuevos obligue a modificar la ley, o en el mejor de los casos a establecer en los decretos de creación respectivos artículo expreso de su sumisión al ordenamiento en cuestión, lo que redundaría en una falta de unidad legislativa.

En otro orden de ideas la legislación que se comenta proporciona un concepto sobre trabajador al Servicio del Estado, que es definido en su artículo 3o en los siguientes términos:

Art. 3. 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.

Sobre este concepto se hizo comentario en el capítulo primero de este trabajo de tesis al cual remito al lector en obvio de inútiles repeticiones.²⁹

Asimismo, este ordenamiento divide a los trabajadores en dos grupos a los que denomina de confianza y de base. Por lo que toca a los trabajadores de confianza el

²⁹ Supra, Cap. I inciso 3. pág. 25

artículo 5o. los precisa de la siguiente forma:

Art. 5. Son trabajadores de confianza:

II. En el Poder Ejecutivo, los de las dependencias y los de las entidades comprendidas dentro del rgimen del apartado "B" del artículo 123 constitucional, que desempeñen funciones que conforme al los catálogos a que alude el artículo 20 de esta ley sean de:

a) Dirección, como consecuencia del ejercicio de sus atribuciones legales, que de manera permanente y general le confieren la representatividad e implican poder de decisión en el ejercicio del mando a nivel Directores Generales, Directores de área, Adjuntos, Subdirectores y Jefes de Departamento.

b) Inspección, vigilancia y fiscalización: exclusivamente a nivel de las jefaturas y subjefaturas, cuando estn considerados en el presupuesto de la dependencia o entidad de que se trate, así como el personal técnico que en forma exclusiva y permanente este desempeñando tales funciones ocupando puestos que a la fecha son de

confianza.

c) Manejo de fondos o valores cuando se implique la facultad legal de disponer de estos, determinando su aplicación o destino. El personal de apoyo queda excluido.

d) Auditoría a nivel de auditores y subauditores generales, así como el personal técnico que en forma exclusiva y permanente desempeñe tales funciones, siempre que presupuestalmente dependa de las contrerías o de las áreas de auditoría.

e) Control directo de adquisiciones: cuando tenga la representación de la dependencia o entidad de que se trate, con facultades para tomar decisiones sobre las adquisiciones y compras, así como el personal encargado de apoyar con elementos técnicos estas decisiones y que ocupe puestos presupuestalmente considerados en estas áreas de las dependencias y entidades con tales características.

f) En almacenes e inventarios, el responsable de autorizar el ingreso o salida de bienes o valores y su destino o la baja y alta en inventarios.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

g) Investigación científica, siempre que implique facultades para determinar el sentido y la forma de la investigación que se le lleve a cabo.

h) Asesoría o consultoría, únicamente cuando se proporcione a los siguientes Servidores Públicos Superiores; Secretario, Subsecretario, Oficial Mayor, Coordinador General y Director General en las Dependencias del Gobierno Federal o sus equivalentes en las entidades.

i) El personal adscrito presupuestalmente a las Secretarías Particulares o Ayudantías.

j) Los Secretarios Particulares de: Secretario, Subsecretario, Oficial Mayor y Director General de las Dependencias del Ejecutivo Federal o sus equivalentes en las entidades, así como los destinados presupuestalmente al servicio de los funcionario a que se refiere la fracción I de este artículo.

k) Los Agentes del Ministerio Público Federal y del Distrito Federal.

1) Los Agentes de las Policías Judiciales y los miembros de las Policías Preventivas.

Han de considerarse de base todas las categorías que con aquella clasificación consigne el Catálogo de Empleos de la Federación, para el personal docente de la Secretaría de Educación Pública.

La clasificación de los puestos de confianza en cada una de las dependencias o entidades, formará parte de su catálogo de puestos.

Es de comentarse que el criterio de distinción que la ley establece entre los trabajadores de base y de confianza es por un criterio de exclusión, como lo confirma el artículo 6o de la misma ley, puesto que todos los no incluidos en la enumeración anterior se reputaran como trabajadores de base, calidad que les otorga la inamovilidad en su fuente de trabajo. Lo anterior nos es comentado por los antes citados tratadistas Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera como sigue:

"Supera la fracción XXII del Apartado A del artículo 123 constitucional y a la Ley Federal del Trabajo, pues establece en forma absoluta la

inamobilidad de los trabajadores de base, excluyendo por supuesto a los de confianza que se mencionan expresamente en el artículo anterior. La inamobilidad no tendrá mas limite que el cese justificado del trabajador, en los trminos previstos por el artículo 46 de esta ley. En caso de que la situación del burócrata sea objeto de interpretaciones contradictorias entre el titular y el trabajador deberá aplicarse el principio del derecho del trabajo: En caso de duda, debe prevalecer la interpretación mas favorable al trabajador."³⁰

Siguiendo al precepto constitucional que le sirve de fundamento la tambien llamada ley Burocrática determina los casos de excepción de aplicación de la ley o mejor dicho precisa aquellas clases de trabajadores que aunque presten sus servicios en beneficio del Estado por hacerlo en un área estratgica o de seguridad estatal quedan fuera del ámbito de aplicación de dicho ordenamiento. A este efecto el artículo 8o dispone:

"Art. 8. Quedan excluidos del rgimen de esta ley los trabajadores de confianza a que se refiere el

³⁰ Trueba Urbina Alberto y Trueba Barrera Jorge. Op. Cit. Pág 24

artículo 5o. los miembros del Ejercito y Armada Nacional con excepción del personal de las Secretarías de la Defensa Nacional, y de Marina; el personal militarizado o que se militarice legalmente; los miembros del Servicio Exterior Mexicano; el personal de vigilancia de los establecimientos penitenciarios, cárceles o galeras y aquellos que presten sus servicios mediante contrato civil o que sean sujetos al pago de honorarios."

Sobre este precepto es de comentar que se encuentra afectado de inconstitucionalidad pues rebasando a los casos de excepción que contempla el apartado B del 123 de nuestra carta magna incluye a aquellos trabajadores que prestan sus servicios mediante un contrato civil o sujetos al pago de honorarios que no eran agregados originalmente en el texto constitucional y que invitan a la simulación jurídica de la relación laboral a través de estos medios.

Otro aspecto digno de mencionar es el relativo a la supletoriedad para la aplicación de la ley, encontrándonos con que el artículo 11 establece una prelación y ordenamientos supletorios que comienza con la Ley Federal del Trabajo y el Código Federal de Procedimientos Civiles. y concluye con la aplicación de las Leyes del orden común, la

costumbre, el uso, los principios generales de derecho y la equidad.

Un elemento importante en la relación laboral con el estado, que incluso forma parte de la definición de trabajador al servicio del mismo lo es el nombramiento, al que se refiere el artículo 12 en los siguientes términos:

"Art. 12. Los trabajadores prestarán sus servicios en virtud de nombramiento expedido por el funcionario facultado para extenderlo o por estar incluidos en las listas de raya de trabajadores temporales, por obra determinada o por tiempo fijo."

Conforme a la misma ley los requisitos que deberá contener el nombramiento son los siguientes:

Art. 15. Los nombramientos deberán contener:

I. Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio;

II. Los servicios que deben prestarse, los que se determinarán con la mayor precisión posible;

III. El carácter del nombramiento: definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada;

IV. La duración de la jornada de trabajo;

V. El sueldo y demás prestaciones que habrá de percibir el trabajador, y

VI. El lugar en que se prestará sus servicios.

Es de apreciarse que en mucho el nombramiento contiene varios e iguales requisitos que los que establece el apartado A para el contrato individual de trabajo.

Asimismo los efectos del nombramiento cuando este es aceptado por el trabajador se encuentran regulados por el artículo 18 que en lo conducente preceptúa:

"Art. 18. El nombramiento aceptado obliga a cumplir con los deberes inherentes al mismo y a las consecuencias que sean conformes a la ley, al uso y a la buena fe."

En lo concerniente a las condiciones de trabajo existen prohibiciones expresas que protegen al trabajador y

que se encuentran contempladas en el artículo 14 que a la letra dispone:

"Art. 14. Serán condiciones nulas y no obligarán a los trabajadores, aun cuando las admitieren expresamente, las que estipulen:

I. Una jornada mayor de la permitida por esta ley;

ii. Las labores peligrosas o insalubres o nocturnas para menores de diecisis años;

III. Una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva o peligrosa para el trabajador, o para la salud de la trabajadora embarazada o el producto de la concepción;

IV. Un salario inferior al mínimo establecido para los trabajadores en general, en el lugar donde se presten los servicios, y

V. Un plazo mayor de quince días para el pago de sus sueldos y demás prestaciones económicas.

Por su parte el afamado tratadista Alberto Trueba

Urbina hace crítica de la Ley Burocrática, diciéndonos:

"La nueva Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado fue publicada en el Diario Oficial de 28 de diciembre de 1963 y sigue los lineamientos del primer estatuto mejorándolo en su técnica legislativa; sin embargo, no se protegen debidamente los derechos de la burocracia y la ejecución de los laudos es ineficaz, pues las multas a los titulares y la carabina de Ambrosio es lo mismo.

El derecho de los trabajadores al Servicio del Estado forma parte del DERECHO DEL TRABAJO, por lo que las relaciones laborales burocráticas son de carácter social, independientemente de la función pública del Estado, que frente de a sus trabajadores representa al estado de derecho social."³¹

Finalmente, el mismo autor agrega:

" En la legislación social de nuestro país, la ley de 28 de diciembre de 1963 le hace honor al

³¹ Trueba Urbina, Alberto. Nuevo Derecho del Trabajo. 4a. edición. Porrúa, México, 1977. Pág. 189

día de su expedición para pobres inocentes, pues es una de las peores leyes en la materia. Requiere una revisión total y ponerla a tono con el artículo 123. las normas de ejecución son de una ineficacia absoluta."³²

2.3. Ley Federal del Trabajo.

Como se preciso en el inciso anterior el principal ordenamiento de aplicación supletoria a la Ley Federal del Trabajo Burocrático lo constituye la Ley Federal del Trabajo que a su vez es reglamentaria del artículo 123 constitucional en su apartado A.

Para efectos de este trabajo algunas de las disposiciones que hemos considerado importantes referir y comentar son las siguientes:

Como primer punto el artículo 3o de la Ley Federal del Trabajo hace una declaración sobre la naturaleza e importancia social de el trabajo mismo dicindonos que:

"Art. 3o. El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio, exige

³² Trueba Urbina, Alberto. Op. Cit. Pág. 190

respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

No podrán establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina Política o condición social.

Asimismo, es de inters social promover y vigilar la capacitación y el adiestramiento de los trabajadores.

Con tal manifestación se postula el respeto al trabajo así como la igualdad de este por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina Política o condición social. Sin embargo es notorio que la misma ley distingue a los trabajadores atendiendo a su patrón es decir relación laboral entre particulares y relación laboral con el Estado, lo que implica que las presunciones que sobre la existencia de la relación laboral existen para unos se niegan en otros, lo que crea una situación de desigualdad contraria a los principios de Derecho Laboral consagrados en nuestra constitución.

Lo anterior se ve robustecido por la misma enunciación que hace la ley de dar el carácter de orden público a las disposiciones de la misma, con los efectos que el artículo 5o establece como sigue:

"Art. 5o. Las disposiciones de esta ley son de orden público, por lo que no producirá efecto legal ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrito o verbal, la estipulación que establezca:

XIII. Renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos o prerrogativas consignados en las normas de trabajo."

Por otra parte es de tomarse en consideración la definición que sobre el concepto de trabajador establece la Ley Federal del Trabajo y sus distinciones con la misma que se encuentra regulada en la Ley Burocrática, análisis que se hizo en el capítulo correspondiente del presente trabajo de tesis al cual remito al lector, transcribiéndose en esta parte solamente el contenido del artículo 8o por su relevancia dentro del ordenamiento que se comenta:

"Art. 8o. 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 materia, independientemente del grado de preparación técnica, requerido por cada profesión u oficio."

Al igual que la Ley Burocrática, este ordenamiento distingue entre dos clases de trabajadores, utilizando como criterio de distinción las funciones materiales que realiza el trabajador y no la enumeración exhaustiva que realiza el otro ordenamiento. Al efecto el artículo 9o dispone:

"Art. 9o. La categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la designación que se de al puesto.

Son funciones de confianza las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales del patrón dentro de la empresa o establecimiento. "

Un concepto importante lo es el de relación de

trabajo dado que a partir de el, o sea de su existencia o ausencia, se pueden determinar todas las demás consecuencias legales, además que es precisamente en este punto en donde se centraría la controversia sobre si un supuesto Prestador de Servicios Profesionales es o no un trabajador, los elementos de relación de trabajo son contenidos en el artículo 20 que establece:

"Art. 20. Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le d 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 es notorio del artículo antes invocado los elementos principales para acreditar la existencia de una relación de trabajo son la prestación de un trabajo personal

y subordinado.

Sin embargo, fue evidente para el legislador que los particulares utilizarían cualquier medio, incluso la simulación para evitar las consecuencias en la relación de trabajo privando al trabajador de los derechos y prestaciones que le concede la ley por lo que establece presunciones de la existencia de la relación en el artículo 21 que a continuación se cita:

"Art 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.

Finalmente y como muestra de la evidente analogía que existe entre el nombramiento y los requisitos del Contrato Individual de Trabajo se citan los requisitos que debe de contener este último que son regulados por el artículo 25 al tenor de lo siguiente:

"Art. 25. El escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener:

I. Nombre, nacionalidad, edad, sexo estado civil y domicilio del trabajador y del patrón;

II. Si la relación de trabajo es para obra o tiempo determinado o tiempo indeterminado;

III. El servicio o servicios que deban prestarse, los que se determinaran con la mayor precisión posible;

IV. El lugar o los lugares donde deba prestarse el trabajo.

V. La duración de la jornada;

VI. La forma y el monto del salario;

VII. El día y el lugar de pago del salario;

VIII. La indicación de que el trabajador será capacitado o adiestrado en los términos de los planes y programas establecidos o que se establezcan en la empresa, conforme a lo dispuesto en esta Ley; y

IX. Otras condiciones de trabajo, tales como días de descanso, vacaciones y demás que convengan al trabajador y el patrón.

2.4. Diversos ordenamientos de Seguridad social

En lo que concierne a este punto es necesario delimitar previamente el ámbito que corresponde a la seguridad social distinguiendolo de otras figuras con las que comunmente es confundida tales como la beneficencia pública y la asistencia social.

En este orden de ideas nos encontramos con que la beneficencia pública consistirá en aquel conjunto de prestaciones en especie o en dinero que el Estado proporcionará en beneficio de las clases más necesitadas, sin que medie retribución alguna siendo sinónimo de asistencia pública.

Por su parte la asistencia social como gnero más amplio comprende no solo las prestaciones del Estado sino tambien aquellas que son proporcionadas por los particulares atendiendo a motivos religiosos, altruistas o de solidaridad social.

Sobre el particular el autor Francisco Gonzalez Diaz Lombardo, nos dice:

"En la actualidad existe una fuerte tendencia a unificar en la asistencia social toda protección

dada a una persona o población desamparada sin distinguir si es pública o privada o si el rgimen es contributivo o no contributivo; es decir, si el derecho se gesta por el solo hecho de tener alguna necesidad como miembro de una comunidad, o por haber contribuido a integrar el beneficio a travs de la previsión que significa ir aportando una cantidad a lo largo de un período largo de tiempo." (sic)²³

Por su parte el Derecho de Seguridad Social es ubicado dentro del mundo del Derecho en los siguiente trminos:

"En la sistemática jurídica-social mexicana, el Derecho de la Seguridad Social es rama autónoma de nuestro Derecho Social Positivo, como el derecho agrario, del trabajo, y económico y de sus respectivas disciplinas procesales, incluyendo otras leyes sociales que tienen por objeto realizar el ideario del artículo 123, mediante la protección y reivindicación de los

²³ Gonzalez Diaz Lombardo, Francisco. El Derecho Social y la Seguridad Social Integral. 2a edición. UNAM. Mxico, 1978. Pág 389.

derechos del proletariado nacional."³⁴

Algunos tratadistas hacen una distinción adicional entre Seguro Social y Seguridad Social estableciendo que el primero debe ser concebido como:

"Un sistema obligatorio, contributivo, que tiene como causa la relación laboral sin que ello signifique en modo alguno que se trate de una parte del derecho del trabajo, y que es generador de tres relaciones fundamentales: Afiliación, cotización y protección. Su administración queda, por regla general, a cargo del estado con la contribución posible de la representación obrera y patronal en los organismos de sugestión."³⁵

Para este autor la Seguridad Social es un estadio mas avanzado que el Seguro Social y que surge de la evolución del mismo, siguiendo dos vertientes que nos explica de la siguiente forma:

De una parte, dentro de un rgimen contributivo

³⁴ Trueba Urbina, Alberto. Derecho Social Mexicano. Porrúa, México 1978, pág 408.

³⁵ De Buen Lozano, Nestor. Seguridad Social. Porrúa, México 1995, Pág. 56.

pero no obligatorio, protege a sujeto d relaciones laborales pero no subordinados (empleadores) o a trabajadores por cuenta propia (artesanos, profesionales, etc.) o a trabajadores cuya eventualidad es la nota primordial (algunos deportistas, trabajadores instantáneos como son, v.gr., los toreros, caddies en los campos de golf, etc), para los que se establecen sistemas de extensión del rgimen. Pero, además, la Seguridad Social contempla otro universo diferente constituido por acreedores no identificado que no contribuyen ni tienen derecho a prestaciones económicas pero si sociales: cultura, formación profesional, deporte, arte, actuación teatral, música, etc."³⁴

Sin embargo, de manera practica en nuestro medio mexicano se utiliza a Seguridad Social y a Seguro Social como sinónimos, siendo las demás prestaciones a las que se refiere el Dr. De Buen como accesorias y en la mayoría de los casos prescindibles, dándose preferencia al aspecto de Seguro Social en beneficio de los trabajadores que cotizan y se encuentran afiliados.

³⁴ De Buen Lozano, Nestor. Op. Cit. Págs. 57 y 58

En este orden de ideas y siguiendo al mismo Dr. De Buen podemos caracterizar sintticamente al Seguro Social en los trminos siguientes:

a) Se trata de un servicio público nacional tarifado.

b) La incorporación al Seguro Social es obligatoria.

c) Los riesgos cubiertos son limitados.

d) La cotización es tripartita.

e) Genera derechos individuales.

f) Exige la existencia previa de una relación de trabajo.

g) Tiene pleno apoyo actuarial.

h) La Seguridad Social no persigue fines asistenciales, e

i) El Seguro Social funciona con una administración tripartita.³⁷

Una vez expuesto lo anterior comentaremos algunas de las disposiciones que vinculadas con la Seguridad Social se proporcionan a los trabajadores al Servicio del Estado.

2.4.1. Ley del ISSSTE.

En primer término es de señalarse que esta legislación es equivalente a la ley del Seguro Social, en donde ambas legislaciones establecen las normas de afiliación, las bases de cotización y los servicios a proporcionar en beneficio de los trabajadores, con la diferencia que la llamada Ley del Seguro Social se refiere a los trabajadores que presten sus servicios en provecho de particulares y la ley materia de este inciso es relativa a los Trabajadores al Servicio del Estado.

Asimismo ambas legislaciones contemplan la cobertura de diversos riesgos tales como riesgo de trabajo, enfermedad, maternidad, retiro, invalidez, muerte y cesantía en edad avanzada con la diferencia que se incluye en la legislación de los Trabajadores al Servicio del Estado a la

³⁷ De Buen Lozano, Nestor. Op. Cit. Págs. 4-8.

vivienda que en referencia a las relaciones entre particulares es objeto de una legislación por separado.

En lo que toca a su ámbito de aplicación el artículo 1o del ordenamiento que se comenta dispone:

"Art 1o. La presente Ley es de orden público, de inters social y de observancia en toda la República, y se aplicará:

I. A los trabajadores al servicio civil de las dependencias y de las entidades de la Administración Pública Federal que por ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal se incorpore a su rgimen, así como a los pensionistas y a los familiares derechohabientes de unos y otros."

Lo anterior significa que esta ley contempla su aplicación en todos los trabajadores sin distinción alguna que presten sus servicios en beneficio de la administración pública centralizada tales como Secretarías de Estado, Departamento del Distrito Federal y Organos Desconcentrados.

Es de hacer mención que los trabajadores a los que se refiere el párrafo anterior se encuentran sujetos al rgimen obligatorio y en tal caso no les es optativo el

pertenecer o no a este rgimen a menos que cesar la relación de trabajo en cuyo caso pudieren optar por su incorporación al rgimen voluntario.

Es importante señalar para los efectos de este trabajo de tesis emplear la definición de trabajador que se encuentra definida en el artículo 5o de la ley que se comenta, precepto que a la letra dice:

"Art. 5o. Para los efectos de esta ley, se entiende:

III. Por trabajador, toda persona que preste sus servicios en las dependencias o entidades mencionadas, mediante designación legal o nombramiento, o por estar incluido en las listas de raya de los trabajadores temporales, con excepción de aquellos que presten sus servicios mediante contrato sujeto a la legislación común y a los que perciban sus emolumentos exclusivamente con cargo a la partida de honorarios."

Es de hacer notar que de nueva cuenta la ley en cuestión discrimina ilegalmente a los trabajadores que prestan sus servicios mediante contrato sujeto a la

legislación común o aquellos que perciban sus ingresos por concepto de honorarios, mismos que no son exceptuados en forma alguna por el artículo 123 constitucional y por tanto deberían estar sujetos a protección.

Asimismo del precepto transcrito se desprende con claridad que el legislador sabe que existe simulación jurídica en perjuicio de estos trabajadores, pues de no ser así la excepción que marca en el artículo sería vana, pues de la esencia misma del contrato civil o del rgimen de honorarios se desprendería que no son trabajadores sino personas que prestan servicios por su cuenta y de manera independiente, de lo que se concluye que dolosamente se legisló con la finalidad de privar al trabajador que por necesidad aceptaba encubrir su relación laboral en un contrato civil, de sus prestaciones y derechos laborales y de seguridad social.

Por analogía nos permitimos citar el artículo 12 de la Ley del Seguro Social, que previendo precisamente que los patronos intentaren simular relaciones contractuales civiles o por honorarios para efectos de privar al trabajador de sus derechos y beneficios que se derivaban de una clara relación laboral al efecto estableció:

"Art. 12. - Son sujetos de aseguramiento del

rgimen obligatorio:

I. Las personas que se encuentren vinculadas a otras, de manera permanente o eventual, por una relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le de origen y cualquiera que sea la persona jurídica o la naturaleza económica del patrón y aun cuando este, en virtud de alguna ley especial, este exento del pago de impuestos o derechos."

Como conclusión de este apartado es de recalcar la desigualdad que sufre el Trabajador al Servicio del Estado en relación con el que presta sus servicios en favor de particulares, que al ser víctima de la simulación jurídica que encubre su relación laboral en una inexistente y contractualista relación civil, queda no solamente en el desamparo de la ley sino que incluso es expresamente discriminado por la misma, permitindose al estado evadir el cumplimiento de sus obligaciones a pesar de encontrarse en una legítima relación de trabajo.

2.4.2. Ley del Fovissste.

Otra prestación de Seguridad Social es la relativa a la vivienda que en tratándose de los trabajadores al

Servicio del Estado es regulada por la misma ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado en sus artículos 100 al 136, así como por el Reglamento de Prestaciones económicas y vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Disposiciones que dan origen al llamado Fondo de Vivienda también conocido como FOVISSSTE.

Contrariamente a su equivalente de apartado A del 123 constitucional este fondo no forma un organismo fiscal autónomo sino que es totalmente dependiente del Instituto y se integra por las aportaciones que recibe de los trabajadores y del Estado, teniendo como objeto y conforme al artículo 100 los siguientes:

Artículo 100. Para los fines a que se refieren las fracciones XI, inciso f) del apartado B del artículo 123 constitucional; el inciso h) de la fracción VI del artículo 43 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; y las fracciones XIII y XIV del artículo 3o. de esta ley, se constituirá el fondo de la vivienda que tiene por objeto:

I. Establecer y operar un sistema de financiamiento que permita a los trabajadores

obtener crédito barato y suficiente, mediante préstamos con garantía hipotecaria, o bien, a través del otorgamiento de una garantía personal en los casos que expresamente determine la Comisión Ejecutiva. Estos préstamos se harán por una sola vez.

II. Coordinar y financiar programas de construcción de habitaciones destinadas a ser adquiridas en propiedad por los trabajadores que carezcan de ellas; y

III. Los demás que esta ley establece.

Como conclusión de este punto, es de reiterarse que los trabajadores que encubren su relación laboral mediante contrato de prestación de servicios profesionales, sujetos a honorarios, se encuentra privados del acceso a esta prestación, tan importante pues significa la habitación digna para el trabajador al servicio del Estado.

2.5. Código Civil.

Como hemos asentado anteriormente el medio o instrumento que se utiliza para encubrir la relación laboral del trabajador al Servicio del Estado es el contrato de

prestación de servicios profesionales al cual es necesario adentrarnos brevemente para poder calificar sus notorias diferencias con la relación laboral y evidenciar la simulación.

En principio es de comentarse que el contrato civil surge en base a la idea de la autonomía de la voluntad en donde dos sujetos capaces y en igualdad de circunstancias pactan libremente los derechos y obligaciones recíprocos, que son la ley entre las partes o *lex contractus*, que aunque actualmente es limitada por la legislación sigue siendo la esencia de las contrataciones civiles. A este respecto y comentando al negocio jurídico Bernardo Prez Fernández del Castillo, nos dice:

"Como se señaló el negocio jurídico se encuentra entre dos mundos: La *lex* normativo, Código Civil, Código de Comercio. Leyes prohibitivas e imperativas y Reglamentos administrativos; y la *lex contractus*, que se refiere a la autorregulación de las partes, enunciado en el aforismo la voluntad de las partes es la máxima ley de los contratos, entendida esta siempre y cuando no vaya en contra de las leyes de orden

público ni de las buenas costumbres."³⁹

De manera específica el Código Civil nos define al género convenio de la siguiente forma:

"Art. 1792. Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

Es de resaltarse en este punto el elemento acuerdo, o acuerdo de voluntades pues este elemento se presume libre lo que no acontece en el contrato de trabajo en donde la necesidad del trabajador le hace admitir cualquier condición o inclusive firmar el contrato sin conocer sus alcances legales, razón por lo cual se justifico en su momento la intervención del Estado con normas protectoras y derechos mínimos del trabajador que se encuentran plasmadas en la Ley Federal del Trabajo.

De manera mas específica y refiriendose a la especie contrato el mismo código civil preceptúa:

"Art. 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el

³⁹ Perez Fernandez del Castillo, Bernardo. Contratos Civiles, Porrúa, México, 1993. Pág 17.

nombre de contratos."

Asimismo al hablar de los elementos de existencia y validez de los contratos los artículos 1794 y 1795 de la codificación que nos ocupa a la letra disponen:

"Art. 1794. para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Art. 1795. El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

Es de hacerse hincapi que aún en el caso que el contrato que suscribiere el trabajador al Servicio del Estado cuya relación se simula fuere un contrato civil, este se encontraría afectado de nulidad en el consentimiento por error, pues el trabajador cree de buena fe que su relación es de trabajo pues incluso cumple un horario, por dolo dado que en muchas ocasiones se pactan vacaciones y por lesión pues las prestaciones que el trabajador pierde en beneficio del Estado son notoriamente desproporcionadas en relación con la percepción que recibe y lo hace en un estado de necesidad, lo anterior es reafirmado por el tratadista Jose Antonio Marquez Gonzalez, quien en lo conducente nos dice:

"La ley exige tambien que la voluntad de los que intervienen en el acto se halla formado exenta de vicios. El consentimiento, en este contexto, debe ser la expresión de dos o mas voluntades, libre y consciente, que se dirige a la producción de efectos jurídicos."³⁹

Los aspectos anteriores sirven de fundamento general al llamado Contrato de prestación de servicios, como

³⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Marquez Gonzalez, Jose Antonio, Comentario al artículo 1795. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, Comentado, Libro IV, Primera Parte de las obligaciones, Tomo IV, UNAM, Miguel Angel Fórrua, México, 1990, Pág 4.

especie de los contratos en general.

Sin embargo, es de aclararse que bajo esta denominación el Código engloba a diversos tipos de acuerdos de voluntades, e incluso en su momento, en la poca en que la autonomía de la voluntad era el principio predominante de la corriente liberal-capitalista, era en este apartado en donde se incluía al contrato de trabajo.

Sobre el particular, el tratadista Francisco Lozano Noriega nos comenta:

" Bajo este nombre y bajo este titulo que es el X de la parte segunda del Libro IV, se engloban diversos contrato que tienen esta denominación. En efecto; este titulo esta formado por los capítulos siguientes:

I. Del servicio domestico, del servicio por jornal, del servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo y del contrato de aprendizaje.

II. De la prestación de servicios profesionales.

III. Del contrato de Obra a precio alzado.

IV. De los porteadores y alquiladores, y

V. Del Contrato de hospedaje.

Varios de estos capítulos no van a ser objeto de nuestro estudio porque los contratos que reglamentan han salido de la esfera del derecho civil para formar parte del Derecho del Trabajo, del Mercantil, e incluso, del Derecho Administrativo. Así, por ejemplo todos los contratos que enumera el capítulo I, son contratos de trabajo regidos por la Ley Federal del Trabajo; el único artículo que forma este capítulo es el 2605; este artículo nunca ha estado en vigor porque la Ley Federal del Trabajo entre o vigor con anterioridad al Código Civil."⁴⁰

El comentario anterior nos permite ilustrar que incluso en la poca en que el contrato de trabajo se encontraba regulado dentro de la legislación civil, y se encontraba dentro del capítulo general de la prestación de servicios, siempre se le consideró distinto al de prestación

⁴⁰ Lozano Noriega Francisco. Cuarto curso de Derecho Civil Contratos. 5a edición. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México 1990. Pág. 293.

de servicios profesionales, dado que existía como elemento de diferenciación la subordinación, que solo se da en las relaciones laborales.

Por otra parte, y continuando con las normas vigentes del Código Civil, este no nos proporciona una definición legal del contrato, sino que inmediatamente procede a normar las consecuencias mas importantes sobre uno de sus objetos, el pago de honorarios, y al efecto el artículo 2606 dispone:

Art. 2606. El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos.

Cuando se trate de profesionistas que estuvieren sindicalizados, se observarán las disposiciones relativas establecidas en el respectivo contrato colectivo de trabajo.

Es de comentarse al respecto de este artículo el nivel de igualdad que la ley presupone entre el Profesionista y el dueño del negocio, quienes pueden acordar el monto de la retribución a recibirse, lo que contraviene a la situación real que viven los trabajadores al servicio del estado cuya relación es simulada por medio de este tipo de contratos.

quienes jamás tienen la posibilidad de acordar el monto de sus honorarios sino que estos así como sus aumentos son impuestos por reglas de carácter general internas de la dependencia lo que conduce a presumir con mayor certeza la relación de trabajo que se intenta encubrir.

En este mismo orden de ideas y regulando el concepto de honorarios a que hacemos alusión el artículo 2607 del Código Civil establece:

Art. 2607. Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, este servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados.

Como es claro suponerse difícilmente la persona contratada por el estado podría acreditar los elementos objetivos de cuantificación de honorarios a que hace mención el artículo que se comenta y en la mayor parte de los casos

no existe un arancel al cual acudir en caso de duda.

Asimismo y como otro aspecto a considerar es lo relativo a las profesiones que para su ejercicio requieren título y registro del mismo en trmino de lo dispuesto por la Ley de Profesiones, reglamentaria del artículo 5o Constitucional, pues en las actividades del estado y principalmente en las jurídicas es difícil establecer una frontera real para determinar cuales de ellas implican el ejercicio profesional de un Licenciado en Derecho y cuales únicamente son actividades administrativas de realización por cualquier persona.

A mayor abundamiento es claro que la actividad de un Ministerio Público es reservada a un profesionista titulado y que la actividad de un oficial de partes o de un archivista es meramente administrativa y realizable por cualquier persona, pero también lo es y como es de sobra conocido que existen innumerables actividades intermedias que difícilmente podrían ser catalogadas en alguno de los dos grupos de manera indubitable pues estamos en presencia clara de actos de aplicación de la ley.

Lo anterior sin perjuicio del vicio de sobra conocido de contratar por parte del estado a personas que sin contar con el título correspondiente tienen la preparación y

conocimientos necesarios para el ejercicio profesional y que prácticamente lo realizan en la esfera administrativa, aunque en muchos casos la responsabilidad última la tenga un titular, lo que se ve agravado al contratar a este personal como prestadores de servicios profesionales, lo que los hace incurrir en el supuesto del artículo 2608 del Código Civil, que dice:

Art. 2608. Los que sin tener el título correspondiente ejerzan profesiones para cuyo ejercicio la ley exija título, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho de cobrar retribución por los servicios profesionales que hayan prestado.

Un último punto a desarrollar es el relativo a la simulación jurídica puesto que a partir de este concepto podemos encontrar que aun dentro de las reglas del derecho civil existe la posibilidad de nulificar a un contrato de prestación de servicios profesionales por simulación.

Sobre el particular el autor Ernesto Gutierrez y Gonzalez, nos da el concepto de acto simulado en los siguientes trminos:

"Es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece." ⁴¹

Conforme a este mismo tratadista de este mismo acto se desprende una acción que es definida por el mismo como sigue:

"Esta acción se entiende como la facultad que la ley otorga a la víctima de un hecho ilícito, anterior o posterior a la realización de un acto simulado por su deudor, para que se constate que es inexistente como acto jurídico, o se declare nulo según sea el caso.

El efecto que se persigue con esta acción, es que al constatarse la inexistencia o declararse la nulidad, y reaparezca en el patrimonio del deudor bienes pecuniarios que solo de manera aparente o ficticia habían salido, y con ellos, pueda cumplir con la prestación que debe."⁴²

En este sentido y al regular la simulación los artículos 2180 y 2181 del Código Civil establecen:

⁴¹ Gutierrez y Gonzalez Ernesto, Derecho de las Obligaciones. 5^a edición. Carica. Puebla, 1926. Pag. 595.

⁴² Idem

Art. 2180. Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.

Art. 2181. La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

2.6. Diversas leyes fiscales

Dentro de las consecuencias mas relevantes de las cuales se le imputan al trabajador que permite que su relación laboral sea encubierta bajo la simulación de un contrato de prestación de servicios profesionales se encuentran las relacionadas con el aspecto fiscal, dado que abandonando la idea de subordinación y de protección que le conceden las leyes laborales se le sitúa con la calidad de prestador de servicios independiente y por tanto sujeto a las cargas y obligaciones fiscales que por esta calidad se derivan.

Las principales obligaciones se originan de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y la Ley del Impuesto al Valor Agregado de cuyos principales artículos haremos comentario a

continuación:

2.6.1 Ley del Impuesto Sobre la Renta

Por principio de cuentas es de precisarse a este respecto que la ley del Impuesto Sobre la Renta regula a los impuestos que gravan a los ingresos de los particulares o mejor dicho a la utilidad que estos perciben de sus actividades productivas calculada en base a ingresos acumulables menos las deducciones que al efecto permite la ley.

Ahora bien, dicha ley como todas las de esta materia clasifica a los sujetos obligados en diversas categorías partiendo de la diferenciación inicial de personas físicas y personas morales, dentro de las primeras encontraremos al prestador de servicios profesionales.

En este orden de ideas el artículo 74 de la ley en comento, perteneciente al Título IV denominado "De las personas físicas", a la letra dispone:

Art. 74. Están obligadas al pago del impuesto establecido en este título, las personas físicas residentes en México que obtengan ingresos en efectivo, en bienes en crédito, en servicio en

los casos que señale esta ley, o de cualquier otro tipo. La ganancia inflacionaria es el ingreso que obtienen los contribuyentes por la disminución real de las deudas. También están obligadas al pago del impuesto las personas físicas residentes en el extranjero que realicen actividades empresariales o presten servicios personales independientes en el país, a través de un establecimiento permanente o base fija, por los ingresos atribuibles a stos.

Una muestra más de los derechos que pierde el trabajador contratado como prestador de servicios profesionales la encontramos en el artículo 77 de la Ley en cuestión que exceptúa a diversas prestaciones laborales de ser consideradas como ingresos acumulables, regulando en lo conducente lo siguiente:

Art. 77. No se pagará el impuesto sobre la renta por la obtención de los siguientes ingresos:

I. Las prestaciones distintas del salario que reciban los trabajadores del salario mínimo general para una o varias áreas geográficas, calculadas sobre la base de dicho salario, cuando no excedan de los mínimos señalados por la

legislación laboral, así como las remuneraciones por concepto de tiempo extraordinario o prestación de servicios que se realice en los días de descanso sin disfrutar de otros en sustitución, hasta el límite establecido en la legislación laboral que perciban dichos trabajadores. Tratándose de los demás trabajadores, el 50% de las remuneraciones por concepto de tiempo extraordinario o de la prestación de servicios que se realicen en los días de descanso sin disfrutar de otros en sustitución, que no exceda el límite previsto en la legislación laboral y sin que esta exención exceda del equivalente de 5 veces el salario mínimo general del área geográfica del trabajador por cada semana de servicios.

X. Los que obtengan las personas que han estado sujetas a una relación laboral, en el momento de su separación por concepto de primas de antigüedad, retiro e indemnizaciones u otros pagos, así como los obtenidos con cargo a las subcuentas del seguro de retiro abiertas en los términos de la Ley del Seguro Social, y los que obtengan los trabajadores al servicio del Estado con cargo a las cuentas individuales de ahorro,

en los trminos de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, hasta por el equivalente a noventa veces el salario mínimo general del área geográfica del contribuyente por cada año de servicio o de contribución en el caso de las subsecuentas del seguro de retiro o cuentas individuales de ahorro. Los años de servicio serán los que se hubieran considerado para el cálculo de los conceptos mencionados. Toda fracción de más de seis meses se considerará un año completo. Por el excedente se pagará el impuesto en los trminos de este título.

XI. Las gratificaciones que reciban los trabajadores de sus patrones, durante un año de calendario, hasta el equivalente del salario mínimo general del área geográfica del trabajador elevado a 30 días, cuando dichas gratificaciones se otorguen en forma general y la participación de los trabajadores en las unidades de la empresa, hasta por el equivalente a 15 días de salario mínimo general del área geográfica del trabajador, por cada uno de los conceptos señalados. Tratándose de primas dominicales hasta por el equivalente de un salario mínimo general

del área geográfica del trabajador por cada domingo que se labore. Por el excedente de los ingresos a que se refiere esta fracción se pagará el impuesto en los términos de este título.

Otros aspectos relevantes a considerar los encontramos en el Capítulo II, identificado como "De los ingresos por honorarios y en general por la prestación de un servicio personal independiente", que en su artículo 84 establece que se reputa como ingreso por la prestación de servicio conforme a lo siguiente:

Art. 84. Se consideran ingresos por la prestación de servicio personal independiente, las remuneraciones que deriven de servicios cuyos ingresos no están considerados en el capítulo I de este título. Se entiende que los ingresos por la prestación de un servicio personal independiente los obtiene en su totalidad quien presta el servicio.

Asimismo, siendo considerado el prestador de servicios como obligado al pago del impuesto sobre la renta se le imponen diversas obligaciones fiscales dentro de las cuales se encuentra por supuesto la realización del pago y de las declaraciones correspondientes lo que queda expresado en

el artículo 86 que a continuación se cita:

Art. 86.- Los contribuyentes que obtengan ingresos de los señalados en este capítulo, efectuaran pagos provisionales trimestrales a cuenta del impuesto anual a mas tardar el día 17 de los meses de abril, julio, octubre y enero del siguiente año mediante declaración que presentarán ante las oficinas autorizadas. El pago provisional se determinara aplicando la tarifa que corresponda conforme al siguiente párrafo, a la diferencia que resulte de disminuir de los ingresos del trimestre por los que se efectúa el pago el monto de las deducciones a que se refiere el artículo 85, correspondientes al mismo periodo. Los contribuyentes acreditaran contra el impuesto que resulte a su cargo, el monto del crédito general trimestral que les corresponda en los términos del artículo 141-B de esta ley. En los casos en que el impuesto a cargo del contribuyente sea menor que la cantidad acreditable conforme a este párrafo la diferencia no podrá acreditarse contra el impuesto que resulte a su cargo posteriormente.

La tarifa aplicable conforme a este artículo se

determinará tomando como base la tarifa del artículo 80 de esta ley, sumando las cantidades correspondientes a las columnas relativas al límite inferior, límite superior y cuota fija, que en los términos del artículo 80 referido resulten para cada uno de los meses del trimestre y que correspondan al mismo renglón identificado por el mismo por ciento para aplicarse sobre el excedente del límite inferior. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público semestralmente realizará las operaciones aritméticas previstas en este párrafo para calcular la tarifa aplicable y la publicará en el Diario Oficial de la Federación.

No se efectuará el acreditamiento a que se refiere el primer párrafo de este artículo cuando en el periodo de que se trate se obtengan ingresos de los señalados en el capítulo anterior, por lo que ya se hubiere efectuado.

Cuando los ingresos a que se refiere este capítulo se obtengan por pagos que efectúen las personas morales, estas deberán retener como pago provisional el 10 % sobre el monto de las mismos sin deducción alguna, debiendo proporcional a los

contribuyentes constancia de la retención dichas retenciones deben enterarse en su caso, conjuntamente con las señaladas en el artículo 80 de esta ley. El impuesto retenido en los trminos de este párrafo podrá acreditarse contra el que resulte de conformidad con el primer párrafo de este artículo.

Las personas que efectúen las retenciones a que se refiere el párrafo anterior, deberán presentar declaración en las oficinas autorizadas en el mes de febrero de cada año, proporcionando la información correspondiente de las personas a las que les hubieran efectuado retenciones en el año de calendario anterior.

Adicionalmente el prestador de servicios profesionales, o mejor dicho el trabajador víctima de la simulación jurídica que encubre su relación laboral con el estado, estará obligado a lo siguiente:

I. Solicitar su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes.

II. Llevar contabilidad de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su reglamento y el reglamento

de esta ley.

III. Expedir comprobantes por los honorarios obtenidos.

IV. Presentar declaraciones provisionales y anual, en los trminos de ley.

2.6.2. Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Un segundo impuesto que grava las actividades del Prestador de Servicios Profesionales lo es el impuesto al valor agregado, contribución que incide sobre el consumo de los particulares, siendo pagado al cierre de cada operación por los clientes pero recaudado y entregada al erario público por el prestador de servicios con todas las obligaciones que por tal actividad se derivan.

De manera expresa el artículo lo incluye a la Prestación de servicios como actividad gravada estableciendo:

Art. 1. Están obligadas al pago del Impuesto al Valor Agregado establecido en esta ley, las personas físicas y morales que, en territorio nacional, realicen los actos o actividades siguientes:

II. Presten servicios independientes.

El impuesto se calculará aplicando a los valores que señala esta ley la tasa del 15 por ciento. El impuesto al valor agregado en ningún caso se considerará que forma parte de dichos valores.

El contribuyente trasladará dicho impuesto en forma expresa y por separado, a las personas que adquieran los bienes, los usen o gocen temporalmente, o reciban los servicios. Se entenderá por traslado del impuesto de cobro o cargo que el contribuyente debe hacer a dichas personas de un monto equivalente al impuesto establecido en esta ley.

El contribuyente pagara en las oficinas autorizadas la diferencia entre el impuesto a su cargo y el que le hubiera trasladado o el que le hubiese pagado en la importación de bienes o servicios siempre que sean acreditables en los términos de esta ley.

El traslado del impuesto a que se refiere este artículo no se considerará violatorio de precios y tarifas incluyendo los oficiales.

Por si alguna duda existiere la misma ley definia para efectos fiscales lo que se entendía por prestación de servicios independientes, conceptuando en su Capítulo III denominado "De la Prestación de Servicio", en su artículo 14 lo siguiente:

Art. 14. Para los efectos de esta ley se considerará prestación de servicios independientes:

I. La prestación de obligaciones de hacer que realice una persona a favor de otra cualquier que sea el acto que le de origen y el nombre o clasificación que a dicho acto le den otras leyes.

... No se considerará prestación de servicios independientes la que se realice de manera subordinada mediante el pago de la remuneración, ni los servios por los que se perciben ingresos que la ley del impuesto sobre la renta asimile a dicha remuneración.

Se entenderá que la prestación de servicios independientes tiene la característica de personal cuando se trate de actividades señaladas

en este artículo que no tenga la naturaleza de actividad empresarial.

Como se desprende del precepto anterior la prestación de un servicio subordinado, es decir de una relación de trabajo se encuentra exenta del pago de impuestos y por tanto si la relación de trabajo no se encontrare en cubierta por la simulación del contrato de prestación de servicios el trabajador no tendría de ninguna obligación derivada de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

A mayor abundamiento las obligaciones que se derivan de esta ley, además de las que impongan otras disposiciones de la materia son:

I. Llevar contabilidad, de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, y efectuar la separación de los actos o actividades de las operaciones por las que deba pagarse el impuesto.

II. Expedir comprobantes señalados en los mismos además de los requisitos que establezcan el Código Fiscal de la Federación, el impuesto al valor agregado que se traslada expresamente o por separado a quin adquiera los bienes, los use o goce temporalmente o reciba los servicios. Dichos comprobantes deberán entregarse o enviarse a quienes efectúe

o deba efectuar la contraprestación, dentro de los quince días siguientes a aquel en que e se debió pagar el impuesto.

Cuando se trate de actos u actividades que se realicen con el publico en general el impuesto se incluirá en el precio en que los bienes o servicios se ofrezcan, así como en la documentación que se expida, salvo que en este último caso, el adquirente, el prestatario del servicio o quien use o goce temporalmente del bien solicite el comprobante que reúna los requisitos señalados en el párrafo anterior.

III. Presentar en las oficinas autorizadas las declaraciones si un contribuyente tuviera varios establecimientos presentara por todos ellos una sola declaración provisional o del ejercicio, según se trate, en las oficinas autorizadas correspondientes al domicilio fiscal del contribuyente.

CAPITULO III.- PROBLEMATICA DE LOS SERVIDORES
PUBLICOS CONTRATADOS COMO PRESTADORES DE SERVICIOS
PROFESIONALES.

- 3.1. Encubrimiento de la Relación Laboral
- 3.2. Ausencia de Prestaciones
 - 3.2.1. Laborales
 - 3.2.2. Seguridad Social
- 3.3. Inseguridad en la Fuente de Trabajo

CAPITULO III.- PROBLEMÁTICA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS
CONTRATADOS COMO PRESTADORES DE SERVICIOS
PROFESIONALES.

Una vez expuesto y desarrollado en capítulos anteriores los conceptos básicos relacionados con el tema de estudio principalmente la definición de Trabajador y de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, así como hecho comentario de las diversas disposiciones legislativas y reglamentarias que norman a la figura en cuestión , es pertinente esbozar el problema central de este trabajo.

En este orden de ideas es de partirse de la idea inicial que los sujetos que prestan sus servicios profesionales en beneficio del estado se encuentran perjudicados en sus derechos por un acto de simulación

jurídica, que encubre ilegalmente a una relación laboral y que trae como consecuencia la privación de las prestaciones laborales y de seguridad social, así como una injustificada inseguridad en la fuente de trabajo, rubros que se comentaran a continuación.

3.1. ENCUBRIMIENTO DE LA RELACION LABORAL

Al respecto de este punto, es de precisarse que la principal causa generadora del problema planteado en el presente trabajo, consiste en la simulación y el consecuente encubrimiento de la relación laboral, a través de la simulación de un contrato de prestación de servicios profesionales.

Como se menciona en el capítulo que antecede existe simulación jurídica cuando por medio de una figura de derecho se pretende encubrir a otra situación real pudiendo esta simulación ser parcial o total, entendiéndose por la primera cuando la simulación solo deforma en parte un acto real y por la segunda cuando el acto simulado es totalmente distinto al que se encubre.

Asimismo, y como también se expuso existiera una relación de trabajo cuando se establezca un vínculo jurídico en donde una persona denominada trabajador proporcione un

servicio personal y subordinado en beneficio de otra persona denominada patron, a cambio de un salario.

Ahora bien, estaremos en presencia de un contrato de prestación de servicios profesionales cuando dos personas en igualdad de circunstancias y expresando su voluntad de manera libre acuerdan las prestación de un servicio profesional, proporcionado por una persona que realiza esta clase de actividades de manera independiente llamado profesor o profesionista en beneficio de otra persona, a cambio de una retribución económica libremente pactada por las partes o fijada por arancel llamada honorario.

Conforme a las bases anteriores y a efecto de determinar si estamos en presencia de una simulación jurídica que encubre una verdadera relación de trabajo es conveniente establecer las diferencias principales que existen entre las dos figuras antes referidas.

En este orden de ideas y como un primera distinción nos encontramos con que la actividad en la relación de trabajo es totalmente subordinada, es decir el trabajador tendrá que realizar todo aquello que su patrón le indique relacionado con el trabajo, quién tendra control en sus actividades pudiendo asignarle su adscripción, su jornada, programar sus vacaciones, solicitarle o restringirle sus

horas de trabajo conforme a la carga del mismo, asignarle actividades o retirarselas y establecer en forma obligatoria todos los mecanismos de control que juzgue necesarios para regular su actividad tales como tarjetas de asistencia, libros de firma, informes y controles de actividades, inventario de mobiliario, etc.

Por su parte la actividad del profesor en el contrato de prestación de servicios profesionales es libre pues este solo responde por negligencia, dolo o impericia sin responder por el exito del negocio, además de que se les contrata en virtud de considerarseles expertos en la actividad de los sevicios y por tanto no se encuentran sujetos a instrucciones o intervención de la persona que los contrata en las decisiones inherentes a su profesión.

En la especie podemos señalar que el contrato de prestación de servicios profesionales es utilizado por las dependencias del estado como una forma de reclutamiento de personal en donde incluso y aprovechandose que supuestamente a traves de esta figura no se integra una relación de trabajo, es utilizada como un sistema de capacitación y adiestramiento en donde el personal más novato se encuentra contratado en estas condiciones y solo a traves del tiempo le es asignada una plaza, como si fuera la parte inferior de un escalafon laboral.

Por lo anterior es claro que el personal contratado en estas condiciones es subordinado y por tanto cumple con todos los controles administrativos a que habiamos hecho referencia y que no son propios de una relación civil como por ejemplo con horario de entrada y salida de la fuente de trabajo, horario de comidas, lugar de trabajo, asignación de moviliario, que permite concluir que por lo que en este aspecto se trata existe encubrimiento de la relación de trabajo.

Una segunda distinción a considerar lo es el relativo a la remuneración que se da en las relaciones de estudio puesto que en la relación de trabajo y principalmente en aquellas que se establecen con el estado los salarios son establecidos por normas de caracter general y nunca negociables particularmente con cada empleado, utilizandose un sistema de niveles al que denominan escalafon.

En lo que toca al contrato de prestación de servicios profesionales, en el cual el honorario es pactado de manera libre por los contratantes quienes tienen en todo momento antes de celebrar el acuerdo la posibilidad de inconformarse con la cantidad propuesta por alguna de las partes y no realizar acuerdo alguno.

Ya dentro del problema que nos ocupa es de

apreciarse que el monto de los honorarios que el estado ofrece a los supuestos prestadores de servicios profesionales es impuesto por normas de caracter general y aún en los casos en que estos honorarios llegan a diferir lo hacen a través del establecimiento de niveles semejantes por no decir iguales al escalafon laboral, lo que nos permite concluir igualmente que por lo que hace a este aspecto existe indudablemente encubrimiento de la relación de trabajo.

Una tercera diferencia la encontramos en la ejecución material de los servicios contratados en donde en la relación de trabajo solo pueden ser realizados de manera directa y personal por el trabajador y nunca por un tercero extraño, excluyendose totalmente la posibilidad que el trabajador contrate a su vez otra persona para realizar la actividad a la que se comprometio aun que el aceptara ser finalmete el único responsable.

Como contrapartida el profesor o profesionista no se encuentra obligado a realizar materialmente y en forma personal todos los actos del servicio contratado, en virtud de al ser un ente independiente puede tener bajo su servicio a su spropios trabajadores que realicen bajo su dirección la actividad a la que se han obligado y respondiendo el en última instancia de los actos o hechos que realicen las personas a el subordinado.

En el problema de estudio es evidente que el prestador de servicios contratado por el estado esta practicamente obligado a realizar la actividad asumida en forma personal sin contemplar la posibilidad real de contratar personal a su servicio que ejecutara las obligaciones pactadas de lo que se infiere que por este aspecto existia encubrimiento de la relación laboral.

Finalmente y como último punto de discernimiento entre la figuras comentadas lo es el relativo a los medios empleados para el cumplimiento del servicio en donde en la relación de trabajo estos deben ser proporcionados en su integridad por el patrón pues el trabajador de medios propios y en la prestación de servicios profesionales estos en su mayoría son proporcionados por el profesor o profesionista con excepción de las expensas que son reembolsadas por el cliente.

Dentro de los medios mencionados podemos citar el lugar de prestación de servicio, los instrumentos de trabajo y la preparación técnica del personal de apoyo.

Sobre este particular y en la relación del supuesto prestador de servicios con el estado, nos encontramos con que este realiza su actividad en casi todos los casos en las mismas instalaciones que este tiene para el resto de los

trabajadores, con las herramientas que el mismo estado le proporciona y en su caso la asistencia de personal de apoyo dependientes del mismo estado, de lo que se deduce que por este aspecto existe encubrimiento de la relación de trabajo.

De todo lo anterior se concluye que existe una simulación parcial, en virtud de que si bien es cierto existe una prestación de servicios esta no es de naturaleza civil pues es personal y subordinada y por tanto debe reputarse como una relación de Derecho del Trabajo.

3.2. AUSENCIA DE PRESTACIONES

Una de las principales consecuencias que se derivan de la relación contractual mediante la cual se simula y encubre a la relación laboral es la pérdida de derechos del trabajador por la ausencia de prestaciones que esto implica.

Sobre el particular, el tratadista Nestor de Buén Lozano, define las condiciones de trabajo como:

"las normas que fijan los requisitos para la defensa de la salud y la vida de los trabajadores en los establecimientos y lugares de trabajo y

las que determinan las prestaciones que deben percibir los hombres por su trabajo."1

Por su parte el tratadista Braulio Ramirez Reynoso al definir el concepto de prestaciones nos expresa:

"Las prestaciones comprenden el salario en efectivo y los bienes (prestaciones en especie) que obtiene un trabajador como producto de una actividad sujeta a una relación de trabajo."2

3.2.1. LABORALES

Las prestaciones a que nos referimos podemos agruparlas en dos sectores a los que denominamos prestaciones laborales y prestaciones de seguridad social.

De manera mas precisa las prestaciones de las cuales se priva al trabajador sujeto a la simulacion por un supuesto contrato de prestacion de servicios son las siguientes:

43. De Buen Lozano, Nestor. Derecho del Trabajo. Tomo II. 11a. edición. Porrúa. México, 1996. Pág 149

44. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ramirez Reynoso. Braulio. Voz Prestaciones. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo P-Z. 5a. edición. Porrúa. México, 1992. Pág. 2516

1. La jornada maxima de trabajo diurno sera de ocho horas.

2. La jornada maxima de trabajo nocturno sera de siete horas.

3. Por cada seis dias de trabajo, el trabajador disfrutara de un dia de descanso, con goce de salario integro.

4. Las mujeres embarazadas disfrutaran de un mes de descanso antes del parto y dos meses posterior al mismo. Durante la lactancia tendra dos descansos extraordinarios por dia, de media hora cada uno para amamantar a sus hijos.

5. Los dias de descanso obligatorio seran los senalados en el calendario oficial, asi como los que determinen las leyes federales y locales electorales, o en el caso de elecciones ordinarias para efectuar la jornada electoral.

6. Los trabajadores que tengan mas de seis meses de servicio consecutivo, tendran derecho a dos periodos vacacionales al ano consistentes en 10 dias laborables cada uno dentro de las fechas que se senalen para tal efecto, dejando guardias para la tramitacion de asuntos urgentes,

utilizando de preferencia los servicios de quienes no tuvieran derecho a vacaciones.

En el caso en que el trabajador no pudiere escoger sus vacaciones en el periodo señalado por necesidades del servicio, disfrutara de ellas 10 días despues de que haya desaparecido la carga de trabajo, pero en ningun caso los trabajadores que laboren en periodo vacacional tendra derecho a un doble pago de sueldo.

7. Las horas extraordinarias se pagaran al cien por ciento mas del salario asignado.

8. En los días de descanso obligatorio y en vacaciones los trabajadores recibiran salario integro.

Si los trabajadores prestan sus servicio en dia domingo tendran derecho a un pago adicional del 25% sobre el monto de su salario.

Los trabajadores que disfruten de uno o de los periodos vacacionales, tendran derecho a una prima adicional del 30% sobre el salario que les corresponda durante dichos periodos.

9. Los trabajadores tendran derecho a percibir un

aguinaldo anual que estara comprendido en el presupuesto de egresos, el cual debera pagarse en un 50% antes del 15 de diciembre y el otro 50% a mas tardar el 15 de enero, el cual consistira en 40 dias de salario sin deduccion alguna.

3.2.2. SEGURIDAD SOCIAL

Igualmente el trabajador afectado por la simulacion se ve privado de las prestaciones relacionadas con la seguridad social pues como se expuso en capitulos anteriores estas en nuestro sistema juridico son sinonimo de Seguro Social, lo que implica que se encuentran condicionadas a la existencia de una relacion de trabajo que al ser desconocida y encubierta por el acto de simulacion conduce a la nugatoriedad de estos derechos .

De manera mas precisa las prestaciones que pierde el trabajador son las siguientes:

1. Medicina Preventiva;
2. Seguro de enfermedades y maternidad;
3. Servicios de rehabilitacion fisica y mental;
4. Seguros de riesgos del trabajado;

5. Seguro de jubilacion;
6. Seguro de retiro por edad y tiempo de servicios;
7. Seguro de invalidez;
8. Seguro por causa de muerte;
9. Seguro de cesantia en edad avanzada;
10. indemnizacion global;
11. Servicios de atencion para el bienestar y desarrollo infantil.
12. Servicios integrales de retiro a jubilados y pensionistas.
13. Arrendamiento o venta de habitaciones economicas pertenecientes al instituto.
14. Prestamos hipotecarios y financiamientos en general para vivienda, en sus modalidades de adquisicion en propiedad de terrenos y/o casas habitacion, construccion, reparacion, ampliacion o mejoras de las mismas; asi como para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos.

15. Prestamos a mediano plazo;

16. Prestamos a corto plazo;

17. Servicios que contribuyan a mejorar la calidad de vida del servidor publico y familiares derecho-habientes;

18. Servicios turisticos:

19. Promociones culturales, de preparacion tecnica, fomento deportivo y recreacion;

20. Servicios funerarios; y

21. Sistema de ahorro para el retiro.

De todo lo anterior se concluye que unas de las consecuencias mas graves que produce el encubrimiento de la relacion laboral derivada de la simulacion de un contrato de prestacion de servicios profesionales es la ausencia de prestaciones que deja en un total estado de desigualdad y desamparo al trabajador afectado en detrimento de sus garantías sociales consagradas por la constitución.

3.3. INSEGURIDAD EN LA FUENTE DE TRABAJO

Otra consecuencia importante derivada del problema

de estudio es la inseguridad que existe en la fuente de trabajo por las diversas causas que la ley contempla para terminar con una relacion de trabajo en referencia con una relacion de caracter civil.

Sobre el particular es de apuntarse que el contrato de prestacion de servicios puede concluirse por diversas causas dentro de las cuales se incluye por consentimiento de las partes, por nulidad, por rescision, por vencimiento del termino.

En lo que toca a la voluntad de las partes esta puede ser bilateral o unilateral, siendo en la primera cuando ambos contratantes deciden de común acuerdo concluir los efectos del contrato y la segunda cuando en el pacto original se estableció que el mismo se podía dar por concluido por voluntad de cualquiera de los contratantes lo que normalmente es condicionado a un aviso previ6 con cierto tiempo de anticipaci6n.

En lo que toca a la nulidad esta se actualizara cuando el contrato en su origen se encuentre viciado en algunos de sus elementos de existencia o de validez, como en el caso pudiere ser la simulaci6n como causa de nulidad.

Por otra parte se concluiria el contrato por

rescisión cuando alguna de las partes incumpla con sus obligaciones contractuales y a instancia de la parte afectada, mediando declaración judicial sobre el particular.

Y Finalmente podrá concluirse el contrato por vencimiento del término prefijado por las partes que es de resaltarse en los contratos de tracto sucesivo, como lo es el de prestación de servicios es la causa ordinaria de terminación puesto que se estila por las partes sujetar la duración del contrato a cierto tiempo.

De manera práctica las personas que el estado contrata como supuestos prestadores de servicios sujetan su relación a un plazo, transcurrido el cual ordinariamente renuevan dicho contrato por otro tiempo.

En lo relativo a la relación de trabajo esta puede estar sujeta a tiempo o ser indeterminada pero en general solo puede concluirse si se extingue la materia del trabajo lo que significa que el patrón esta obligado a conservar al trabajador en tanto subsista la materia del trabajo y por consiguiente solo puede despedirlo legalmente si se actualizan algunas de las causales de despido contempladas en la ley.

Como podrá apreciarse de lo anterior es indudable

que el sujeto se encuentra protegido en cuanto a su fuente de trabajo dentro de la relación laboral y no así en la de prestación de servicios profesionales en donde fácilmente puede concluirse la relación dejando al trabajador en una constante incertidumbre y posiblemente en el mayor desamparo al ser privado arbitrariamente de su fuente de trabajo, pues cabe agregar que las consecuencias o la terminación ilegal de la relación en uno u en otro caso no tienen comparación pues en la relación contractual civil el trabajador no recibirá indemnización alguna ni tendrá la posibilidad de ser reinstalado, lo que por supuesto vulnera sus garantías sociales que la constitución le concede.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Estado es un ente jurídico, que tiene como necesidad principal para el desarrollo de sus funciones, el delegar las mismas en diversas personas, llamados "servidores publicos", quienes quedan investidos de facultades y adquieren obligaciones a nombre del estado, para cubrir las demandas de la sociedad.

SEGUNDA.- Los tratadistas concluyen que Trabajador, es la persona fisica que realiza actividades de indole material e intelectual, es decir, presta servicios estrictamente personales.

TERCERA.- La esencia del Contrato de Prestacion de Servicios Profesionales, se encuentra en que es un contrato de caracter civil, por lo tanto, se esta en presencia de una autonomia de voluntades en donde se pactan libremente derechos y obligaciones para ambas partes.

CUARTA.- La Prestacion de Servicios Profesionales corresponde a personas fisicas que desempeñan actividades empresariales, es decir, el profesor o profesionista que presta el servicio tiene la capacidad de contratar con la persona que el decida, por lo tanto se crea una relacion

independiente y nunca subordinada. Es por ello que queda sujeto al pago de impuestos correspondientes.

QUINTA.- La diferencia entre Trabajador y Trabajador al Servicio del Estado, se encuentra precisamente en que los mencionados en segundo termino necesitan de un nombramiento expedido a su favor por un representante autorizado de la dependencia gubernativa en la que prestan sus servicios.

SEXTA.- Las bases constitucionales mas importantes del Derecho Laboral lo constituyen el articulo 5o. que se refiere a la garantia de Libertad de Trabajo y el articulo 123 que sienta las bases necesarias sobre los derechos y obligaciones de los trabajadores.

SEPTIMA.- La actividad del estado debe de estar regida en estricto sentido por los principios rectores siguientes: Presuncion de legalidad de los actos publicos, Estricto cumplimiento de la ley y la Imposibilidad del estado de realizar actos ilicitos.

OCTAVA.- El articulo 8o. de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado es inconstitucional pues excluye de su aplicacion a los trabajadores contratados por honorarios haciendo una distincion que no se contiene en nuestra carta magna.

NOVENA.- El contrato de prestación de servicios profesionales con el estado encubre una relacion de trabajo, en virtud que la prestacion del servicio que realizan las personas sujetasa este es personal y subordinado.

DECIMA.- El encubrimiento de la relacion de trabajo derivada del contrato de prestacion de servicios profesionales con el estado conduce a la perdida de las prestaciones laborales y de seguridad social.

DECIMA PRIMERA.- La simulacion contractual que le es impuesta al realmente trabajador al servicio del estado, sujeto al regimen fiscal de honorarios le impone a este obligaciones tributarias excesivas y desiguales para un miembro de la clase trabajadora.

BIBLIOGRAFIA

1. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Las garantías Individuales. 28a. edición. Porrúa. Mexico, 1996.
2. CHIRINO CASTILLO, JOEL. Derecho Civil III. 2a edición. McGraw Hill. Mexico, 1996.
3. DE BUEN LOZANO, NESTOR. Derecho del Trabajo. Tomo I. 10a. edición, (Revisada y Actualizada). Porrúa. Mexico, 1997.
4. DE BUEN LOZANO, NESTOR. Derecho del Trabajo. Tomo II. 11a. edición, (Revisada y Actualizada). Porrúa. Mexico, 1996.
5. DE BUEN LOZANO, NESTOR. Seguridad Social. Porrúa. Mexico, 1995.
6. DE LA CUEVA, MARIO. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. 14a. edición. Porrúa. Mexico, 1996.
7. DWORKIN, RONALD. Los Derechos en Serio. Editorial Planeta-Agostini. España, 1993.
8. FRAGA, GABINO. Derecho Administrativo. 34a. edición. Porrúa. Mexico, 1996.
9. GONZALEZ DIAZ LOMBARDO, Francisco. El derecho Social y la Seguridad Social Integral. 2a. edición. UNAM, Mexico, 1978.

10. GONZALEZ URIBE, HECTOR. Teoría Política. 10a edición. Porrúa, México, 1996.

11. GUERRERO, EUQUERIO. Manual de Derecho del Trabajo. 18a. edición. Porrúa. México, 1995.

12. GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho de las Obligaciones. 5a. edición. Cajica. Puebla, 1986.

13. KELSEN, HANS. Teoría Pura del Derecho. 8a. edición. Porrúa. México, 1995.

14. KASKEL, WALTER Y HERMMANN DERSCH. Derecho del Trabajo. 5a. edición. Roque de Palma Editor. Buenos Aires, 1961.

15. LOZANO NORIEGA, FRANCISCO. Cuarto curso de Derecho Civil. Contratos. 5a. edición. Asociación Nacional de Notariado Mexicano. México, 1990.

16. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Contratos Civiles. Porrúa. México, 1993.

17. SANCHEZ MEDAL, RAMON. De los Contratos Civiles. 13a. edición. Porrúa. México, 1994.

18. SAYEG HELU, JORGE. El Constitucionalismo Social Mexicano. Tomo II. 2a. edición. UNAM. México, 1987.

19. TRUEBA URBINA, ALBERTO. Nuevo Derecho del Trabajo. 4a. edición. Porrúa. Mxico, 1977.

20. TRUEBA URBINA ALBERTO. Derecho Social Mexicano. Porrúa. Mxico, 1978.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal del Trabajo

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Ley de Profesiones.

Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Ley del Impuesto Sobre la Renta

Ley del Seguro Social

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado

Reglamento de Prestaciones Económicas y vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal.

LEGISLACION COMENTADA

1. CAVAZOS FLORES, BALTASAR. Ley Federal del Trabajo

Tematizada. 3a. edición. Trillas. Mxico, 1977.

2. CLIMENT BELTRAN, JUAN B. Ley Federal del Trabajo. Comentada. 11a. edición. Esfinge. Mxico, 1996.

3. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada. 3a. edición. PGJDF-UNAM, Mxico, 1992.

4. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Comentado. Libro IV. Primera Parte de Las Obligaciones. UNAM, Miguel Angel Porrúa. Mxico, 1990.

5. TRUEBA URBINA, ALBERTO Y JORGE TRUEBA BARRERA. Legislación Federal del Trabajo Burocrático. 34a. edición. Porrúa. Mxico, 1995.

OTRAS FUENTES

1. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo D-H. 5a. edición. Porrúa. Mxico, 1992.

2. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo P-Z. 5a. edición. Porrúa. Mxico, 1992.

3. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Apndice al
Semanario Judicial de la Federaci3n 1917-1995. Tomo V.
Materia del Trabajo. Themis. Mxico, 1995.