

En los últimos años el derecho laboral ha tenido cambios significativos debido a la promulgación de normas cuya finalidad es reducir los índices de trabajo informal existentes en nuestra economía. Bajo esa premisa se expidió la Ley 1610 de 2013 que reguló lo atinente a la inspección de trabajo conforme a los Convenios de la OIT, e incluyó la posibilidad de celebrar acuerdos de formalización laboral ante las direcciones territoriales del Ministerio del Trabajo.

Este proceso de formalización es una medida que se ha venido aplicando en diferentes sectores económicos y ciudades del país y responde a una de las propuestas del Plan de Acción Laboral con las que se comprometió el gobierno colombiano con Estados Unidos en el marco del TLC.

Discurso Laboral

A pesar de los efectos positivos que se atribuyen a los acuerdos de formalización, entre ellos el de haber incidido en el aumento de la contratación formal durante el último año, esta figura ha recibido serios cuestionamientos por parte de quienes consideran que en la práctica estos fomentan el desconocimiento de los derechos laborales por parte del empleador, y le permiten eludir las sanciones administrativas que las direcciones territoriales del Ministerio del Trabajo pueden imponer en el ámbito de sus competencias.

En esta oportunidad el abogado externadista Juan Sebastián Encinales Ayarza hace un análisis del objeto de los acuerdos de formalización laboral y realiza algunos cuestionamientos en relación con la protección y garantía que ameritan los derechos irrenunciables de los trabajadores y que se ven vulnerados con la suscripción de dichos acuerdos.

LOS ACUERDOS DE FORMALIZACIÓN LABORAL

¿INSTRUMENTOS DE IMPUNIDAD?

POR JUAN SEBASTIÁN ENCINALES AYARZA

En días pasados (8 de noviembre de 2013) el Ministerio de Trabajo anunciaba en su página web que una cifra superior a ocho mil trabajadores eran beneficiarios de la suscripción de acuerdos de formalización laboral entre empleadores y las diferentes direcciones territoriales adscritas al Ministerio del Trabajo –Bolívar, Valle del Cauca, Risaralda, Atlántico, Antioquia, Sucre, Arauca, Cundinamarca, Meta, Huila, Urabá– (Ministerio del Trabajo, 2013).

Esta noticia resultaba alentadora frente a las cifras oficiales de informalidad en Colombia que se ubican entre el 59.9% según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el 68% según el Ministerio del Trabajo y el 80% según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) –*El País*, 2013–.

Sin importar la variación en las cifras de uno u otro organismo, lo cierto es que la informalidad en las relaciones de trabajo es un fenómeno que afecta a la economía en general, creando baja productividad agregada, esto es, empresas muy pequeñas y muy poco productivas (Gaviria, 2010).

En este contexto, diferentes estudios económicos sobre la materia han formulado recomendaciones para reducir las cifras de informalidad orientadas a la flexibilización del mercado de trabajo tales como la indexación de ajustes salariales al crecimiento de la inflación, disminución de los costos laborales no salariales, garantizar la implementación de cotizaciones a la seguridad social por horas, disminución de los costos de despido, y aumento del periodo de prueba (Consejo Privado de la Competitividad, 2012, cap. 4, “Informalidad y mercado laboral”, pp.89 y 90).

En Colombia, además de las recomendaciones mencionadas para disminuir la informalidad laboral, desde el seno del Congreso de la República, se han expedido normas que propenden por la formalidad empresarial, ejemplo de ellas son la Ley 1429 de diciembre 29 de 2010, “Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo” que establece beneficios a favor de aquellos empleadores que se acogieran a las ventajas de carácter tributario establecidas en esta normatividad, y ahora la Ley 1610 de 2 de enero de 2013, “Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización

laboral”, reglamentada por la Resolución 321 de febrero 14 de 2013 con las cuales se pretende impactar de manera directa las cifras de informalidad, consignando compromisos concretos de mejora en formalización por medio de los acuerdos de formalización laboral.

Así pues, los acuerdos de formalización laboral han sido definidos como aquellos suscritos “entre uno o varios empleadores y una dirección territorial del Ministerio del Trabajo, previo visto bueno del despacho del viceministro de Relaciones Laborales e Inspección, en el cual se consignan compromisos de mejora en formalización, mediante la celebración de contratos laborales con vocación de permanencia, y tendrán aplicación en las instituciones o empresas públicas y privadas” (Congreso, 2013, Ley 1610, art. 13); se trata entonces de que el empleador suscriba con sus trabajadores contratos laborales con vocación de permanencia y erradique cualquier tipo de contratación que desconozca los derechos laborales de los trabajadores.

En este contexto, a diferencia de la Ley 1429 de diciembre 29 de 2010, que señaló de manera expresa beneficios de carácter tributario a favor de aquellos empleadores que se acogieran al proceso de formalización propuesto en esta normatividad, la Ley 1610 de 2013 pretende, mediante la asignación de potestades administrativas regladas en cabeza de los inspectores de trabajo facultarlos para graduar la sanción que se debe imponer, suspender la investigación preliminar o archivar la actuación administrativa ante la firma de un acuerdo de formalización laboral por parte de un empleador.

En ejercicio de esta facultad administrativa por parte del Ministerio del Trabajo, cuando en el transcurso de una averiguación preliminar el empleador suscriba el acuerdo de formalización laboral, el Ministerio podrá suspender en forma condicionada la actuación, en el estado en que se encuentre hasta que sea verificado el cumplimiento del acuerdo de conformidad con los plazos y condiciones allí establecidos, ocurrido esto, el funcionario puede dar por terminada la actuación y archivarla en cualquiera de las instancias; así mismo, si el empleador ya ha sido sancionado y luego que la decisión está en firme suscribe el acuerdo, se podrá atenuar o reducir la sanción en un 20% por cada año en que tenga

contratados a término indefinido a los trabajadores que se beneficiaron del mismo.

Bajo este panorama, ante la apertura de una averiguación preliminar administrativa o estando en el curso de la misma y una eventual sanción por el incumplimiento de normas laborales, el empleador podrá acogerse a la formalización mediante la suscripción de un acuerdo de formalización laboral, lo que le resultará rentable en términos pecuniarios, pues se evitará la imposición de multas de las que hubiese podido ser objeto pese a haber contratado trabajadores vulnerando la ley.

Así pues, la alternativa de acudir a la firma de un acuerdo de formalización laboral por parte del empleador puede conllevar de un lado, a que se conviertan los acuerdos de formalización laboral en una forma de eludir las sanciones administrativas del Ministerio del Trabajo, y de otro lado, desviar los propósitos buscados por el legislador al expedir la Ley 1610, los cuales buscan promover la formalidad laboral, hacer eficaz la labor de inspección, vigilancia y control que ejercen las direcciones territoriales del Ministerio del Trabajo y contribuir al logro de una relación constructiva y de suma de esfuerzos con los empleadores.

Descrita la anterior situación, queda la duda de si los acuerdos de formalización laboral persiguen un fin constitucionalmente legítimo y redundan en la generación de empleo formal, finalidades que guardan estrecha relación con numerosos preceptos constitucionales tales como el principio de Estado social de derecho, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social, entre otros.

En cuanto a si los acuerdos de formalización laboral resultan adecuados para tales propósitos, las potestades administrativas de los inspectores de trabajo para graduar la sanción por imponer, suspender la investigación preliminar o archivar la actuación administrativa pueden conllevar que la efectividad de las funciones de inspección, vigilancia y control en cabeza del Ministerio sean evaluadas exclusivamente bajo criterios de resultado, en razón del número de trabajadores formalizados y no atendiendo a la forma y duración de los contratos laborales que se celebrarán en los acuerdos de formalización laboral que, como lo prescribe la Ley 1610, deben tener vocación de permanencia.

En esta dirección, la expresión “vocación de permanencia”, señalada en los artículos 13 y 14 de la Ley 1610 de 2013 ha sido interpretada en dos sentidos: la primera, según la cual el empleador al momento de formalizar es libre de utilizar

cualquier tipo de contrato de trabajo de los señalados en la ley (a término fijo, a término indefinido o por obra o labor contratada) para vincular a sus trabajadores. La otra, que deben ser de duración indefinida, en virtud del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, esto es, la existencia de cierto nivel de estabilidad del trabajador en el empleo, máxime cuando el objeto de la relación contractual (contrato de prestación de servicios, contrato sindical) luego de la firma de un acuerdo de formalización permanece intacto por continuar los trabajadores desarrollando las mismas funciones que venía desarrollando, pero ahora en el marco de un contrato de trabajo.

De otro lado, respecto a si hay otras medidas idóneas para impulsar la formalización laboral que resulten menos lesivas para los derechos de los trabajadores, es preciso recordar que dentro de las estrategias y las políticas diseñadas alrededor del fenómeno de la economía informal se encuentran aquellas orientadas al despliegue de acciones concretas por parte del Estado que permitan prevenir y mitigar los efectos de la informalidad laboral, tales como intervenciones específicas en sectores críticos (trabajo doméstico, sector rural, taxistas), registro público de empleadores con sanciones laborales y campañas de difusión de derechos laborales. (Organización Internacional del Trabajo, 2013, *La formalización laboral en Argentina: Avances recientes y el camino por recorrer*, p. 5).

Advirtiéndose, entonces, que los acuerdos de formalización laboral no resultan adecuados ni necesarios para promover el empleo formal, también debe hacerse un llamado de atención en cuanto a las conciliaciones administrativas ante el Ministerio del Trabajo que se vienen suscribiendo entre el empleador que firma con el Ministerio el acuerdo de formalización laboral y los trabajadores que se benefician del mismo con el fin de prevenir un litigio respecto a los derechos laborales anteriores al proceso de formalización laboral. Ante esta situación, para que los acuerdos conciliatorios suscritos entre las partes y aprobados por los inspectores de trabajo tengan la fuerza de cosa juzgada y, en consecuencia, no sean objeto de litigio posterior, se requiere que estos versen sobre derechos inciertos y discutibles, que cumplan con los presupuestos formales, como que sea aprobada por una autoridad competente; no existan vicios en el consentimiento; no se violen normas de orden público y que los arreglos recaigan sobre un objeto y causa lícitas, entre otros.

En este sentido, aprobar conciliaciones administrativas por parte del Ministerio del Trabajo con ocasión de la

firma de un acuerdo de formalización laboral para zanjar el incumplimiento anterior del empleador en cuanto a los derechos laborales de aquellos trabajadores que fueron objeto del proceso de formalización no protege efectivamente sus derechos irrenunciables; sin embargo, no quiere decir lo anterior que los trabajadores que hayan firmado conciliaciones con el empleador que se acoge al acuerdo de formalización carezcan de vías procesales para controvertir dichos acuerdos con efectos de cosa juzgada, pues pueden cuestionar su validez, por medio del proceso ordinario laboral, cuando consideren que se han violado sus derechos irrenunciables y no se han cumplido los presupuestos necesarios para su validez y eficacia, en este caso un objeto lícito conforme lo establece el artículo 1502 del Código Civil¹.

Finalmente, siempre que se comprometan recursos públicos puede el Gobierno, "(...) por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del contralor general de la República o del procurador general de la Nación" pedir la invalidación de una conciliación por la violación del debido proceso o porque los derechos allí plasmados vulneran las normas legales o convencionales.

De tal suerte, que si se aceptara que la intención en la conciliación administrativa, avalada por el inspector de trabajo, es zanjar el incumplimiento previo del empleador, la conciliación perdería toda razón de ser y su efecto útil, en el entendido que no habría objeto discutible, susceptible de ser conciliado entre las partes y se convertiría en un instrumento de impunidad al servicio del empleador.

Así las cosas, basta afirmar que so pretexto de establecer compromisos de mejora en formalización, mediante la celebración de contratos laborales con vocación de permanencia consignados en acuerdos de formalización laboral suscritos entre el empleador y la dirección territorial respectiva, no se puede desconocer la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que confieren las leyes sociales, por ser normas de orden público, a los trabajadores involucrados en el proceso de formalización, pues de hacerlo así, el Estado incurriría en responsabilidad administrativa

1. *Artículo 1502. Requisitos para obligarse.* Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1.° que sea legalmente capaz; 2.° que consenta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.° que recaiga sobre un objeto lícito; 4.° que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

por ratificar acuerdos conciliatorios cuyo objeto conciliado sean derechos ciertos e indiscutibles en detrimento de los trabajadores formalizados.

Bibliografía

Doctrina

BERMÚDEZ ALARCÓN, K. (2013). Acuerdos de formalización laboral: documento jurídico-teórico. Programa FORLAC de la OIT. Documento sin publicar.

El país.com.co. (2013, febrero). Colombia, cuarto país en informalidad laboral según la OIT. Obtenido de <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/colombia-cuarto-pais-informalidad-labora-segun-oit>

Gaviria, A. (2010). Consecuencias de la informalidad laboral. Universidad de los Andes. Obtenido de http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&ved=0CEkQFjAE&url=http%3A%2F%2Feconomia.uniandes.edu.co%2Fcontent%2Fdownload%2F37064%2F316775%2Ffile%2Fempleo_AGaviria.pdf&ei=UZZ6Up-tC-Oe0QHzhGABw&usg=AFQjCNE1vZ3sUh6qTc63C12idEhHGYkulQ&sig2=oltDbwmA7kPoMi0xJ0gDHQ

Ministerio del Trabajo (2013, noviembre). Más de ocho mil trabajadores se han beneficiado en 2013 de acuerdos de formalización laboral. Obtenido de <http://www.mintrabajo.gov.co/noviembre-2013/2555-mas-de-ocho-mil-trabajadores-se-han-beneficiado-en-2013-de-acuerdos-de-formalizacion-laboral.html>

Legislación

Ley 1429 de diciembre 29 de 2010.

Ley 1437 de 2011.

Ley 1610 de 2 de enero de 2013.

Resolución 2272 de octubre 22 de 2012.

Resolución 321 de 14 de febrero de 2013.