LAS IMPLICACIONES DE SER TRABAJADOR INDEPENDIENTE EN COLOMBIA: ¿DESIGUALDAD FORMAL Y MATERIAL EN CONTRASTE CON LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES?

Elaborado por:
CARLOS MARIO ZAPATA
SARA LUCÍA DUQUE HERNÁNDEZ

Asesor:
RUBIELA GÓMEZ SERNA

MONOGRAÍA DE GRADO

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA
PREGRADO DE DERECHO
MEDELLIN
SEPTIEMBRE 2018

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 2

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 5

1.1 Descripción del problema 5

1.2 Formulación del problema 6

2. OBJETIVOS 7

2.1 Objetivo general 7

2.2 Objetivos específicos 7

3. JUSTIFICACION 8

4. ANTECEDENTES 10

5. MARCO REFERENCIAL 12

5.1 Marco teórico 12

5.2 Marco conceptual 14

5.3 Marco legal 17

7. CAPITULO I Identificación de cargas y a quien corresponden 22

8. CAPITULO II Repercusión de las cargas sobre el trabajador independiente colombiano 32

9. CAPITULO III Contrato de prestación de servicios: un medio del que se sirven los empleadores para trasladar sus cargas a los trabajadores independientes 39

10. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS 48

11. REFERENCIAS 54

INTRODUCCIÓN

Desde la norma, los trabajadores independientes se definieron como toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral (Decreto 2800, 2003, art. 2), y aunque el decreto que contenía dicha definición fue derogado, su noción se ha ido consolidando por doctrina de entidades como la DIAN que en su afán de clarificar quienes son trabajadores independientes ha dicho que serán aquellas personas que sin tener ese vínculo laboral perciben honorarios o cualquier otra compensación por la prestación de los servicios personales (Oficio número 013205 del 29 de febrero de 2012. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN), y clasifica a su vez, que esta contraprestación que recibirá por dichos servicios será una remuneración que bien puede corresponder al concepto de honorarios, comisiones o servicios, dependiendo de la naturaleza y calificación del servicio prestado (Oficio número 094075 del 24 de septiembre de 2008. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN).

Si bien la definición a simple vista no parece acarrear mayores problemas y disparidad de acuerdo a los trabajadores dependientes, en más que el tipo de contrato y la denominación de la remuneración, en el desarrollo de este trabajo hemos de identificar cuales son las implicaciones que trae la definición y el hecho que al no ser un contrato de trabajo, este no va a estar bajo el imperio de la normatividad laboral, sino de la civil y/o comercial dependiendo de la modalidad bajo la cual se ha celebrado el contrato, situación que va a diferenciar de forma trascendental, incluso desigual a los trabajadores independientes de los dependientes.

Ahora, el concepto de igualdad que esta fuertemente desarrollado en doctrina y jurisprudencia aunado a las oportunidades para los trabajadores, alude, según la corte, al principio de igualdad genérico consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana, y aclara que es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio[1] según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Tesis debidamente fundamentada, porque según la concepción de la corte, traída a la praxis, la regulación frente a los trabajadores no debería permitir una normatividad disyuntiva más que la clasificación del tipo de trabajo para que no se presente desigualdad dentro de la comunidad, pero, en la práctica, se ha llegado a diferenciar tanto a los trabajadores que la brecha entre los dependientes e independientes se hace cada vez mas grande, dejando así pie para pensar, si tal trato diferencial podría o no constituir una desigualdad que pasa por lo formal, así la corte lo considere objetivo, y se manifieste de manera consecuencial en lo material.

En ese mismo sentido, la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico tiene una connotación tripartita, en tanto se entiende la igualdad como valor, igualdad como principio e igualdad

[1] "Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables." Corte Constitucional de la República de Colombia. 29 de marzo de 2012. Sentencia No. C-250/12 [MP Humberto Antonio Serra Porto]

como derecho fundamental; entonces la igualdad formal no debe ser entendida en términos absolutos, sino como un principio, es decir, permite dar un tratamiento desigual a los diversos sujetos de derecho, con una única condición general: que ese tratamiento desigual no suponga un tratamiento que quiebre el sistema de Derechos Humanos y que en consecuencia, resulte discriminatorio, así entonces a lo largo del trabajo, quedará a su arbitrio señor(a) lector(a) determinar si las diferencias que trataremos constituirán tal igualdad formal, esto es, dar el mismo trato por medio de decisiones diferentes que traten de equiparar las cargas de los independientes respecto a los dependientes o por el contrario, que las decisiones engrosen las diferencias y se hagan más obvias que las similitudes; y para entender si rompe también de manera consecuencial la igualdad material, que se entiende como derecho a la igualdad en la ley, esto es, la no discriminación en las concretas relaciones sociales, evitando así que se produzcan diferencias o desigualdades por razones étnicas, o culturales o por cualquier otra condición, hay que analizar que determinaciones ha tomado el estado para sopesar las diferencias y si estas decisiones han tenido el efecto deseado o simplemente en vez de evitar desigualdades las han hecho más notables.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción del problema

En Colombia la población de los trabajadores independientes no disminuye de manera significativa, tal como lo ha evidenciado el DANE en su Boletín técnico que reúne información de la Gran Encuesta Integrada de Hogares (Medición de empleo informal y seguridad social, Enero – marzo 2018, Bogotá D.C., publicado 10 de mayo de 2018. Gráfico 1.), ya que ha venido fluctuando entre un 51.7% en el primer trimestre del 2012 a un 48.4% en el primer trimestre de 2018, un porcentaje considerable de trabajadores que se encuentran en una situación desfavorable debido a la inestabilidad que genera la responsabilidad de devengar más dinero que un empleado para obtener las mismas condiciones laborales.

Lo anterior, se da a raíz de la falta de oportunidades laborales en donde puedan ser vinculados por contrato de trabajo, situación más beneficiosa pues las cargas están en cabeza del empleador, sin embargo, este grupo, argumenta la imposibilidad de cumplir con todas las responsabilidades que un contrato de prestación de servicios trae consignados, tales como el pago de prestaciones sociales, salud, pensión y administradoras de riesgos laborales, sino además de ser objeto de la retención en la fuente por honorarios o servicios.

Una persona vinculada mediante contrato laboral recibe además del sueldo mensual, prima, cesantías, un 12% de intereses por cesantías, 15 días de vacaciones al año, pensión, EPS, riesgos profesionales y caja de compensación familiar. Por su parte, una persona que es contratada por prestación de servicios recibe únicamente el monto pactado en el contrato,

valor del cual debe descontarse el pago de su salud, pensión y demás obligaciones que surgirán a lo largo del trabajo.

La desigualdad que existe entre los trabajadores dependientes e independientes radica en las cargas que le son impuestas a los independientes para equipararse en condiciones a los dependientes en lo referido a las cotizaciones al sistema general de pensiones y a la seguridad social, así como también las limitaciones para ingresar a la caja de compensación y la discriminación para acceder a créditos.

El propósito de examinar las circunstancias que le son adversas a los trabajadores independientes es el poder encontrar soluciones efectivas y obtener condiciones de equidad y justicia que puedan ser proporcionados por el estado como garante de la igualdad[2].

1.2 Formulación del problema

En ese mismo orden, el desarrollo del trabajo tiene como eje la pregunta de investigación que dio origen al mismo: ¿Cómo determinar si existe una violación al derecho fundamental de la igualdad por parte del estado colombiano para con los trabajadores independientes?

[2] Ver: "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados." Constitución política de Colombia, 1991, artículo 13, inciso segundo.

2. OBJETIVOS

2.1 Objetivo general

Determinar si la ley diferencia de manera sustancial a los trabajadores dependientes de los independientes, únicamente por la modalidad contractual por la que fueron vinculados y si dicha diferenciación rompe con el principio de igualdad consagrado en la carta política colombiana.

2.2 Objetivos específicos

Identificar las cargas y adjudicarlas a una parte de la relación laboral o contractual que puede ser empleador o empleado, o un contratante o contratista respectivamente.

Analizar la repercusión que dichas cargas ya identificadas y adjudicadas puedan causar en un trabajador independiente en su cotidianidad.

Evidenciar como los empleadores públicos y privados se valen del contrato de prestación de servicios como una alternativa para trasladar cargas y eludir sus obligaciones.

3. JUSTIFICACION

La vinculación por contratos de prestación de servicios es cada vez más utilizada en el país, y según el servicio prestado, esta modalidad contractual puede ser utilizada correctamente, pero también hay ocasiones donde se está utilizando este modelo para encubrir la existencia de la relación laboral, ya sea por la ignorancia o necesidad del trabajador o por la avidez del empleador que busca disminuir sus obligaciones, de allí nace la necesidad de analizar la figura de trabajador independiente que adoptan los contratistas o trabajadores por cuenta propia, esto con el fin de abrir el panorama para los trabajadores colombianos donde podamos advertir antes de la celebración del contrato, las implicaciones de ser trabajador independiente debido a que desde la ley, los contratos que no sean celebrados como de trabajo no estarán bajo el amparo de la legislación laboral, situación de la que se despliegan cuantiosas diferencias que restaran beneficios comparados a los que tienen los subordinados laborales.

Igualmente, se proponen soluciones que disminuyan las cargas que hoy en día poseen ya los que son trabajadores independientes, puesto que, se estima que para suplir las necesidades básicas y a su vez cumplir con las cotizaciones periódicas a salud, pensión y demás obligaciones, en conjunto, un trabajador independiente en Colombia necesita devengar un 60% más de salario mensualmente que un trabajador vinculado mediante contrato laboral; siendo una población que no goza entonces de ningún beneficio al trabajar, además de recibir los honorarios, comisiones o pago por sus servicios.

De lo anterior es que la presente investigación tiene como objetivo ahondar en un tema que no ha sido desarrollado suficientemente, puesto que no ha despertado el interés necesario

para los autores, legisladores e incluso la corte, situación que parece inaudita ya que se cuantifica a los trabajadores informales o por cuenta propia en casi la mitad de los trabajadores Colombianos, lo que nos hace cuestionarnos por qué las relaciones laborales si han sido analizadas y legisladas exhaustivamente, para las cuales existen innumerables protecciones para el empleado.

4. ANTECEDENTES

La presente sección expone algunas de las escasas investigaciones que se han realizado en cuanto a la situación de los trabajadores independientes, a pesar que ningún autor hasta ahora ha realizado una investigación integral sobre las repercusiones que causan tantas obligaciones en este gremio, hay diferentes pesquisas en los que analizan una que otra carga del trabajador independiente, por lo generan se centran en el aporte a la seguridad social y el análisis en cuanto al ARL y su aplicación para el caso, pero nunca exponiendo el panorama completo.

Debido a la falta normas y leyes que estén dirigidas al trabajador independiente, ya sea para definir con claridad quienes son, cuales son sus obligaciones concretas, o con que clase de beneficios cuentan, otras instituciones han tenido que cumplir con la labor que el legislador ha omitido u olvidado, así se constata igualmente en la tesis de maestría de Botero Llano que se titula *Aportes de los trabajadores independientes al sistema de seguridad social*, en la cual afirma: "En esta investigación se encontró que no es el mismo legislador el que clasifica a los trabajadores independientes y sus actividades principales. Esta definición la ha venido realizando es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Esta tarea debería hacerla el legislador y no la DIAN, para no generar confusión entre los contribuyentes independientes."[3], tras dos años de publicada la tesis, aun sigue siendo la DIAN que por medio de conceptos y resoluciones ha tratado de aclarar los vacíos normativos frente a los trabajadores independientes.

[3] Ver: Botero Llano. (2016). Aportes de los trabajadores independientes al sistema de seguridad social. (Tesis de maestría, Universidad de Medellín) recuperado de https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/cont/article/viewFile/328433/20785273

Siguiendo con la idea anterior, el estado en su descuido al no legislar un tema indispensable que afectaría a casi la mitad de la población laboral en Colombia ha dejado vacíos legales que ya no se solucionan con conceptos o resoluciones de la DIAN, tal como se aborda en el caso de grado de especialización de Bravo Garcia y Bazan Riascos titulado *Accidente laboral de contratistas independientes en Colombia* donde exponen que "actualmente para cualquier empresa de carácter público o privado no se cuenta con una legislación que reglamente el proceso de afiliación de los contratistas independientes con contrato menor a 30 días a la misma administradora de riesgos laborales de la empresa contratante. Por lo tanto, estas empresas están expuestas a incurrir en costos y gastos adicionales para cubrir este tipo de contingencias"[4] situación que se supedita a la capacidad económica del contratante, pues si es una empresa que no cuenta con pólizas de responsabilidad o es una persona natural sin capacidad de pago, el accidente laboral del contratista queda en el aire sin nadie que lo respalde.

Si bien es poco el análisis macro que se ha realizado en investigaciones frente al tema tan amplio que abarca la situación de los trabajadores independientes, pues las investigaciones existentes encuentran el foco en determinada obligación o carga sin que se tengan en cuenta las demás, se convierte en necesaria esta investigación en la medida que se busca escudriñar en las leyes vigentes los apartados que afecten al sujeto en mención, y si dicha mención lo equiparara en condiciones con un trabajador dependiente o termina siendo relegado en cargas y olvidado en beneficios.

[4] Ver: Bravo García y Bazan Riascos. (2013). Accidente laboral de contratistas independientes en Colombia. (tesis de especialización, Universidad ICESI) recuperado de https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/78681/1/braza_accidente_laboral_2103.pdf

5. MARCO REFERENCIAL

En este apartado se exhiben el marco de referencia de la investigación, su finalidad se centra en determinar las teorías, conceptos y eje normativo del objeto de estudio. En la primera parte, se realiza una aproximación teórica en torno a la definición de trabajador independiente, en la segunda parte se exponen conceptos que se relacionan con el objeto de estudio a fin de clarificar aspectos precisos para la comprensión integra de la investigación. Finalmente, en la tercera parte se expone un esquema de la contextualización jurídica nacional contentiva de definiciones, obligaciones o cargas y beneficios del trabajador independiente.

5.1 Marco teórico

Los trabajadores independientes son personas que trabajan sin estar vinculadas laboralmente, por consiguiente, no gozan de un contrato de trabajo sino de uno de prestación de servicios pues dicha prestación carece del elemento esencial de la relación laboral, la subordinación. Esta modalidad se desarrolla de manera libre e independiente en beneficio de un tercero a un precio determinado cuya remuneración es denominada honorarios, comisiones o servicios.

El contrato de prestación de servicios es de naturaleza civil o comercial y no de naturaleza laboral, en consecuencia, este contrato no está regido por la normatividad contenida en el código sustantivo del trabajo y no es considerado un contrato de carácter laboral por la ausencia del elemento esencial de subordinación, en otras palabras, la inexistencia de dependencia directa entre el empleado y el empleador.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, se aduce que las responsabilidades que estaban en cabeza del empleador en una relación laboral pasan en el contrato de prestación de servicios a estar en cabeza del trabajador independiente, las que concretamente son las del pago de su seguridad social integral de forma obligatoria, ARL y caja de compensación familiar de forma facultativa.

Pocas personas en Colombia se atreven a tocar dicho tema tan álgido, pues todo depende de la conveniencia con la que se aborde el mismo, en virtud a que hay factores que necesariamente influyen para que al día de hoy el trabajo independiente se esté convirtiendo en regla general tanto en entidades públicas como privadas, cabe resaltar que dichos factores se reducen en gran medida a la utilidad que puedan sacar los empleadores al contratar bajo contratos de prestación de servicios, porque así evitan el cumplir con las obligaciones que impone la ley y trasladan la carga para que sea cumplida por los contratistas y en muchas ocasiones así se haya contratado bajo esta modalidad, la realidad es que terminan cumpliendo con los requisitos del contrato de trabajo y así hayan mecanismos como el contrato realidad, mismo que solo puede ser pedido judicialmente para que se reconozca que no es un contrato de prestación de servicios sino un contrato de trabajo, los trabajadores no lo hacen porque no conocen sus derechos y si los saben, con tantas obligaciones con las que ya cuentan no desean vincularse a otra y prefirieren conservar lo poco que ya tienen que arriesgarse a perder su trabajo, pues otra desventaja es que no existen mecanismos protectores de los contratistas como la estabilidad laboral reforzada, incapacidades, licencias, etc.

Otro de los factores que influye en el aumento de los oficios independientes o mediante contratos de prestación de servicios es la escasez de ofertas de empleo y los excesivos

requisitos y formalidades que hay que cumplir para poder ser vinculado laboralmente, por lo que, a las personas les resulta más fácil trabajar como independiente o aceptar ofertas que no cumplen con todos los requisitos legales para poder obtener sustento de algunas necesidades básicas.

Ante la evidente carencia de recursos bibliográficos, doctrina y escuelas, la investigación se ha de desarrollar mediante análisis de la ley, jurisprudencia, conceptos, resoluciones y estadísticas nacionales.

5.2 Marco conceptual

El trabajo independiente según la Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo (CIET, 2003) es definido como trabajo por cuenta propia, empleo sumergido o trabajo autónomo, además, señala los diversos tipos de empleo que abarca este sector, entre estos se mencionan:

> "Trabajadores por cuenta propia dueños de sus propias empresas del sector informal. Trabajadores familiares auxiliares, independientemente de si trabajan en empresas del sector formal o informal. Miembros de cooperativas de productores informales. Asalariados que tienen empleos informales y estén empleados por empresas del sector formal, por empresas del sector informal, o por hogares que les emplean como trabajadores domésticos asalariados. Trabajadores por cuenta propia que producen bienes exclusivamente para el propio uso final de su hogar." (Organización Internacional del Trabajo. Informe de la Decimoséptima Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo. Ginebra, 24 de noviembre a 3 de diciembre de 2003)

A partir de esta clasificación, se examina su conceptualización en el sector autónomo e independiente, postura que comprende situaciones sociales, culturales y económicas, lo cierto es que esta masa de personas constituye el soporte de la economía informal, y que adolecen de la protección social y legal, no están organizados ni tienen representación profesional ante sus contrapartes y poderes públicos.

Analizando las estadísticas a nivel mundial, según el banco mundial en su recopilación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la base de datos de Indicadores principales sobre el mercado laboral evidencia que, en países como cuba y honduras, ha habido un incremento significativo en los contratos realizados bajo la modalidad de prestación de servicios durante el periodo de 1980 a 2014.

En consideración a lo anterior, el aumento de los trabajadores independientes obedece a que los empleadores, ante la necesidad de disminuir los costos y aumentar la eficiencia a través del trabajo temporal, han amparado el nacimiento de un nuevo tipo de empleado sobre el cual no tienen obligaciones legales, además de revisar el respectivo aporte del trabajador a su salud.

La situación anteriormente mencionada deja claro que la tendencia de vincular por contratos de prestación no es exclusiva de Colombia, pero que a pesar de ser tan evidente también ha sido relegada y dejada casi en un olvido legislativo que no permite clarificar ni catalogar de forma eficaz la situación de los trabajadores independientes.

Aunque definidos los conceptos y emitidas diferentes clasificaciones sobre el trabajo y los trabajadores independientes, además de estadísticas reveladoras, los puntos más importantes no son tocados de manera profunda por ninguna entidad nacional e

internacional que pueda servir de base para desarrollar normatividad que brinde protección y estabilidad al trabajo independiente.

5.3 Marco legal

Norma/Ley	Descripción
Constitución política Colombiana de 1991	Artículo 13, derecho a la igualdad genérico. Artículo 53, primacía de realidad sobre las formas.
Ley 100 de diciembre de 1993	Artículo 1°, objeto de la seguridad social integral. Artículo 27, porcentaje adicional con destino al fondo de solidaridad pensional.
Decreto 1563 de 2016	Afiliación voluntaria al Sistema General de Riesgos Laborales a los trabajadores independientes clasificados en la escala del riesgo I, II, III.
Decreto 723 del 15 de abril de 2013	Artículo 2°, reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo
Ley 789 del 27 de diciembre de 2002	Artículo 19, literal b (modificado por el artículo 171 de la Ley 1819 de 2016), afiliación voluntaria a caja de compensación familiar.
Decreto 47 de 2000, modificado el decreto nacional 783 del 2000	Artículo 3°, periodos mínimos de cotización para el acceso a las prestaciones económicas (incapacidades).
Decreto 624 del 30 de marzo de 1989	Artículo 392 incisos segundo y tercero, retención en la fuente por honorarios o servicios.

A partir del análisis de las leyes contenidas en el anterior cuadro es que encontramos los fundamentos para poder plantear la situación actual del trabajador independiente Colombiano, en donde claramente evidencia los pocos beneficios con los que cuenta este gremio, además de adjudicar cargas u obligaciones que para poder ser cumplidas en su totalidad obligan al independiente a devengar mas dinero que un empleado en su misma situación.

Lo anterior obedece a que el estado, al momento de legislar, no tuvo en cuenta las consecuencias que se podrían generar al adjudicar cargas sin otorgar beneficios, pues los trabajadores independientes en su mayoría no son profesionales liberales que también trabajan por la modalidad de contratos de prestación de servicios, son personas de a pie que trabajan por un salario mínimo, en ocasiones incluso menos, desconocedoras de la ley tanto para saber sus obligaciones como sus derechos, hecho del cual se desprenden estadísticas producidas por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) en su informe sobre los desbalances fiscales y seguridad social, publicado en noviembre de 2017, mismas que apuntan a que las pocas oportunidades que tienen los independientes para aliviar sus cargas, en concreto, la de aportes a pensión, es aprovechada en mas de un 70% por personas de estratos 4 y 5[5].

[5] Ver: "Para el año 2015 la focalización del subsidio y transferencias sociales en cuanto a pensiones del Consorcio Colombia Mayor del total, un 20.4% se focalizo en personas estrato 4 y un 50.8% se focalizo en personas estrato 5". Departamento Nacional de Planeación (DNP), Desbalances Fiscales y Seguridad Social: Desafíos del Sistema Pensional Colombiano, agenda noviembre de 2017. Recuperado de http://www.anif.co/sites/default/files/memorias/luis_fernando_mejia_-_dnp_nov_9.pdf

6. DISEÑO METODOLOGICO

La presente investigación está concebida bajo la mixtura de los modelos cuantitativos y cualitativos, también conocida como la triangulación de métodos, en virtud del análisis exhaustivo realizado a las leyes que contemplan las cargas sobre las que versa la investigación, además de comprender las problemáticas y buscar la efectivización de los beneficios y la proposición del soluciones que no constituyen aun proyecto de ley propio, pero que sirvan como propuestas que propendan a mejorar las condiciones de los trabajadores independientes como grupo social relegado al olvido legislativo.

El tipo de investigación empleada para el desarrollo del proyecto estuvo enmarcado bajo la investigación compilativa de textos legales como leyes, decretos, resoluciones y conceptos, de base principalmente por el modelo cuantitativo, manejado según un enfoque crítico-hermenéutico utilizado para crear el derecho a partir de la concepción fáctica del mismo y de sus necesidades, para determinar cuáles son los caminos más eficaces para la resolución del problema, por lo que, es objetivo pensar que la forma mas expedita para tratar la problemática según el enfoque investigativo seria con la proposición de soluciones de tipo normativo que permitan entonces el acceso al mencionado grupo de trabajadores independientes a condiciones de igualdad.

Con base en lo anterior, dicho enfoque critico-hermenéutico esta aunado al modelo cualitativo y tratado bajo la modalidad de trabajo teórico-práctico, ya que su desarrollo está respaldado tanto en normas constitucionales, legales, doctrinales y jurisprudenciales del ordenamiento jurídico respecto al concepto y cargas de los trabajadores independientes en Colombia, además de realizarse un rastreo bibliográfico en torno a herramientas

tecnológicas y bibliográficas, bases que formaron el elemento teórico de la cual es base la investigación y con la que se pretende producir una herramienta que se pueda tener en cuenta para la concientización y posteriormente servir de base para la legislación de beneficios o protecciones que sirvan para manumitir las imposiciones legales con las que cargan los no vinculados laboralmente a un contrato de trabajo, no sin haber realizado antes el análisis de las condiciones por las cuales es menester tal cambio.

El tipo de estudio se fundamenta en un método deductivo que consiste en tomar conclusiones generales para dar explicaciones particulares; se inicia con el análisis de leyes, estadísticas, postulados y principios de aplicación universal y de comprobada validez, para aplicarlos a soluciones o hechos particulares, para el caso, futuras leyes que propendan por el bienestar económico y promuevan el desarrollo de mecanismos que aligeren las obligaciones de los trabajadores independientes.

Finalmente, después de haber analizado leyes, doctrina, jurisprudencia, y estadísticas que ponen en evidencia la situación real de los trabajadores independientes, la investigación se concreta en un proyecto que tiene como objetivo principal el educar frente a las responsabilidades que tienen a cargo los trabajadores independientes para que posteriormente sean analizadas y mejoradas mediante reducción de obligaciones e incrementos de beneficios sociales que puedan materializarse en leyes de aplicación inmediata, tales como la eliminación en determinados casos de la retención en la fuente, el acceso total y completo a beneficios de caja de compensación familiar, subvenciones que cumplan con el valor a pagar al sistema de ARL o caja de compensación familiar, así como la efectivización del fondo de solidaridad pensional para que sea focalizado a la población para la que fue pensado.

Para lograr lo anterior hemos desarrollado la investigación en capítulos que se desarrollarán de manera consecuencial, realizando en primera medida la identificación de cargas, pasando por sus repercusiones en dicho grupo, llegando a la utilización de la modalidad contractual de la prestación de servicios para defraudar al trabajador y finalizando con las conclusiones y proposiciones que darán posible solución a la problemática.

Ante la carente existencia de material bibliográfico que pudiera aportar al objeto de esta investigación y teniendo en cuenta que la metodología de la investigación es de carácter compilativa, solo utilizamos dos trabajos investigativos, el resto de la información fue obtenida de resoluciones, conceptos y estadística, además de la legislación vigente.

7. CAPITULO I

Identificación de cargas y a quien corresponden

Toda persona natural o jurídica en Colombia tiene derechos y obligaciones, y si reducimos esta aseveración al sector trabajo, siendo más específicos, a los trabajadores, estos derechos y obligaciones estarán en cabeza de sujetos diferentes de acuerdo a la modalidad contractual sobre la que se pactó el desarrollo del trabajo o la ejecución de los servicios.

Si bien en una relación regida por un contrato laboral o de trabajo, la mayoría de las cargas están compartidas entre empleado y empleador, incluso únicamente algunas recaen sobre este ultimo, cuando el trabajo se celebra por otra modalidad contractual, diferente a la laboral, esto es, civil o comercial, las cosas cambian de manera significativa en lo que respecta al cumplimiento de las cargas y para determinar entonces sobre quien está la obligación, primero hay que identificar cuáles son.

Llamaremos cargas a las obligaciones o erogaciones económicas que se derivan de la celebración de un contrato de trabajo o uno de prestación de servicios, entre las cuales están la de cotizar a la seguridad social integral que se compone de salud, pensión y afiliación a riesgos laborales, el pago del porcentaje adicional con destino al fondo de solidaridad pensional, el pago de parafiscales que son aportes con dirección al SENA, al ICBF y a la caja de compensación familiar, el pago de incapacidades y la retención en la fuente.

Ahora bien, determinadas las cargas, el siguiente paso seria identificar en cabeza de quien estaría el cumplimiento de ellas; damos desarrollo a la primera en importancia, la seguridad social integral, que creada por la ley 100 de 1993, en su artículo primero señala que “tiene

por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten", que a su vez, comprenderá el pago de un 12.5% para salud, un 16% para pensión y entre un 0.522% a un 6.96% para riesgos laborales con el fin de prever las contingencias mencionadas en la ley, dichos porcentajes serán liquidados con base el salario real que devengue el empleado, por lo que deberán guardar relación so pena de sanciones, así, partimos de la premisa que en un contrato de trabajo, esta carga es compartida entre empleado y empleador, donde el empleado, de su salario, destina el 4% al pago de salud y un 4% a pensión y su empleador pagaría un 8.5% para el sistema de salud, un 12% para el pago de pensión y finalmente, cumple con la carga exclusiva de realizar el pago al sistema de riesgos laborales o ARL que en una relación laboral es obligación del ultimo, tal como se trata en el Decreto 1295 de 1994 en su artículo 21 que versa sobre las obligaciones del empleador y afirma que este no solo es responsable "del pago de la totalidad de la cotización de los trabajadores a su servicio" sino también de "trasladar el monto de las cotizaciones a la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente, dentro de los plazos que para el efecto señale el reglamento". Dichos porcentajes fluctuaran de acuerdo al tipo de trabajo que desempeñe el trabajador, que a su vez estará catalogado en una escala de riesgo consagrada en el decreto 1607 de 2002, que oscilara entre las clases I y V, donde I sería el riesgo más bajo, por ende, el porcentaje mínimo a pagar y V sería el riesgo más alto al cual le correspondería la proporción máxima.

Habiendo visto como la carga de la seguridad social integral es compartida en una relación antecedida por un contrato de trabajo, hay que evidenciar como se aparta de manera sustancial un trabajador independiente de los que ya tratamos, pues este no tiene con quien

compartir la obligación ya que no tiene empleador, sino contratante, esto significa que en una relación precedida por un contrato de prestación de servicios no existe la facilidad de distribución de cargas tal como sucede en una relación laboral; un trabajador independiente cotiza a la seguridad social tomando un índice base cotización sobre el 40% de la remuneración que reciba, sin que el valor sea inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, y para este, el pago de salud y pensión recae de manera exclusiva en cabeza del trabajador independiente, y la afiliación a riesgos laborales, que no es una obligación para un trabajador independiente, pero que, si quiere contar con esta protección de manera voluntaria y se encuentra en la clasificación de riesgo entre I y III, este tendrá que sufragarlo por cuenta propia, a menos que cumplan con los requisitos del artículo 2° del Decreto 723 de 2013, que son, que la labor a desempeñar estuviera descrita en la escala del riesgo IV o V, que el contrato por servicios sea superior a un mes y el pago del mismo sea mayor a un salario mínimo legal vigente, aquí la afiliación no solo se convierte en una obligación, sino que esta correrá por cuenta del contratante.

Ahora, para entender la carga del porcentaje adicional con destino al fondo de solidaridad pensional primero tenemos que mencionar cuál es su objeto:

> "Subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, <u>los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales</u>, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción…" (ley 100. 1993, art. 26)

y como una de las fuentes de recursos para financiar el fondo, tal como se describe en el literal a, del artículo 27 de la ley 100 de 1993, está la cotización adicional del 1% sobre el salario o remuneración de las personas que coticen al régimen pensional sobre 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esta es una de las pocas cargas que no hace diferencia entre empleados y trabajadores independientes, pues es una obligación propia del cotizante, lo que se reduce a que debe ser pagada tanto por el independiente como por el empleado sin que medie ayuda de su empleador.

Otra de las cargas es la del pago de parafiscales, y como se mencionó anteriormente se compone de aportes con dirección al SENA, ICBF y caja de compensación familiar, para el caso en concreto, solamente vamos a desarrollar la última, ya que para el trabajador independiente no constituye obligación alguna el pago de parafiscales.

Las cajas de compensación son entidades privadas sin ánimo de lucro que buscan brindar beneficios a sus afiliados a través de servicios como educación, fomento de la salud, emprendimiento, créditos, recreación y turismo social, subsidios de vivienda y desempleo; en las relaciones laborales, el pago de parafiscales es carga única del empleador, y si bien la ley 1819 de 2016, por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, en su artículo 65 contempla la exoneración de aportes parafiscales con destino al ICBF y al SENA cuando los trabajadores devenguen menos de 10 salarios mínimos, no se habla en ningún momento de la exoneración de la cotización a las cajas de compensación, por lo que, se puede afirmar que el empleador, tendrá que afiliar a sus empleados a las cajas de compensación familiar y pagara el 4% sobre el salario que devenguen; esta misma ley faculta a los trabajadores independientes a afiliarse a las cajas de compensación familiar, pero exige afiliación previa al sistema de salud además requiere que la cotización a la caja

de compensación familiar se haga bajo la base de cotización al sistema de salud y al sistema pensional (Ley 789, 2002, art. 19, literal b, Modificado por el art. 171, Ley 1819 de 2016.), y el porcentaje que tiene que portar el trabajador independiente puede ser de dos tipos, del 0.6% sobre la base de cotización, sin embargo, los beneficios de este se limitan a las actividades de recreación, capacitación y turismo social, en este caso el aporte realizado no otorga derechos para el pago de subsidios, o puede ser del 2% sobre la base cotización y tendrá los mismos derechos que los demás afiliados salvo el subsidio monetario.

Al realizar el análisis de la ley, se constata el objetivo del subsidio familiar como "…el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad" (ley 21, 1982, art. 1°), seguidamente se habla que "El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios en dinero especie o servicios de conformidad con la presente ley" (ley 21, 1982, art. 5) por lo que no solo se convierte en carga del trabajador independiente el pago de la caja de compensación si quiere obtener los beneficios, sino que además estos beneficios están reducidos respecto a los trabajadores dependientes que no solo no tienen que sufragar las cajas de compensación, sino que además son receptores de los beneficios totales.

Respecto al pago de incapacidades también lo entraremos a categorizar como carga, y las razones son las siguientes: cuando un trabajador dependiente tiene una incapacidad de origen común, esto es, las que no se originaron por causas relacionadas con el desarrollo de las actividades laborales, son cubiertas por la EPS por un monto de dos terceras partes del salario o un 66% del mismo a partir del tercer día de incapacidad, lo que significa que los dos primeros días de incapacidad son asumidos por su empleador que también pagará en la misma proporción que la EPS, sin que el valor llegue a ser inferior a un salario mínimo tal

como lo trata la sentencia C-543 del 2007, pero la situación es diferente cuando se trata de un trabajador independiente que no cuenta con un patrono que cubra este tipo de circunstancias, por lo que de forma autónoma tendrá que asumir con sus dos primeros días de incapacidad.

Pero el problema de las incapacidades no termina ahí, el numeral primero, del artículo 3°, del decreto 47 de 2000 modificado el decreto nacional 783 del mismo año, versa sobre los periodos mínimos de cotización para el acceso a las prestaciones económicas y hace la diferenciación entre trabajadores dependientes e independientes en cuanto al pago de incapacidades de origen común y exige que para el pago de las mismas, el trabajador dependiente deberá llevar un mínimo de cuatro (4) semanas cotizadas ininterrumpidas para recibir el auxilio de incapacidad, mientras que, un trabajador independiente deberá llevar un mino de veinticuatro (24) semanas cotizadas igualmente de forma ininterrumpida[6], una diferencia abismal de 5 meses que deja desprotegido al independiente que tenga un quebranto de salud en este periodo convirtiéndose en una carga para sí, además del sustento de sus necesidades básicas y las de su familia.

Otra de las cargas es la retención en la fuente, un mecanismo utilizado por el estado para la recolección de un impuesto determinado de manera anticipada y así no tener que esperar a que transcurra el lapso hasta el pago del impuesto para ser cobrado, hay varios tipos de retención en la fuente, por ejemplo retención en la fuente a título de IVA, retención en la

[6] ver: "ARTÍCULO 3º-Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización: 1. Modificado por el art. 9. Decreto Nacional 783 de 2000. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes deberán haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de cuatro (4) semanas y los independientes veinticuatro (24) semanas en forma ininterrumpida, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión." Decreto 47, 2000, art. 3, modificado el decreto nacional 783, 2000.

fuente a título de renta, retención en la fuente a título de ICA (impuesto de industria y comercio) además de la retención en la fuente que hace el empleador para que el empleado cumpla con su porcentaje al pago de la seguridad social integral convirtiéndose en agente retenedor, pero en aras de mantener el enfoque del trabajo, vamos a hablar de la retención en la fuente por cuestión de salarios, servicios u honorarios.

La retención en la fuente por pagos laborales se encuentra desarrollado en el articulo 383 del estatuto tributario, donde dicha retención se realiza siempre y cuando el pago laboral supere los 95 unidad de valor tributario o UVT, base sujeta a la retención, pero dicha unidad se calcula cuando se determinan los ingresos grabables, esto es, cuando se extraiga la renta exenta que se señalan de forma expresa en el numeral 10 del artículo 206 del estatuto tributario:

> "El veinticinco por ciento (25%) del valor total de los pagos laborales, limitada mensualmente a doscientas cuarenta (240) UVT. El cálculo de esta renta exenta se efectuará una vez se detraiga del valor total de los pagos laborales recibidos por el trabajador, los ingresos no constitutivos de renta, las deducciones y las demás rentas exentas diferentes a la establecida en el presente numeral." (Decreto 624, 1989, art. 206, numeral 10, adicionado por el art. 96, Ley 223 de 1995 , Modificado por el art. 17, Ley 788 de 2002 **,** modificado por el art. 6, Ley 1607 de 2012.)

en conclusión, si una vez que se haya extraído la renta exenta el valor restante supera los 95 UVT, se convierte en valor grabable, sujeto a la retención en la fuente y de la cual se retendrá una tarifa marginal desde el 19% para los que estén entre 95 y 150 UVT, 28% para quienes estén entre los 150 y 360 UVT y finalmente un 33% para quienes tengan mas de

360 UVT grabables (Decreto 624, 1989, art. 383, modificado por el art. 17, Ley 1819 de 2016).

El modo de calcular un UVT varia anualmente con base al Índice de Precios al Consumidor o IPC, mismo que se consolido para el año 2018 en un 4.07% (Resolución 000063 del 14 de noviembre de 2017. Por la cual se fija el valor de la unidad de valor tributario-UVT aplicable para el año 2018. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.) y se traduce en $33.156 pesos colombianos, así entonces, una persona que una vez extraiga el 25% de su salario correspondiente a la renta exenta, y supere los $3’149.820 pesos colombianos, estará sujeto a la retención en la fuente.

Pero la retención en la fuente que ya vimos y que tiene como único requisito el superar los 95 UVT una vez se extraiga la renta exenta, es diferente en como habrá de retenerse respecto de la remuneración que reciba el trabajador independiente; como se menciono anteriormente, un trabajador independiente percibe como retribución por su trabajo el pago de servicios u honorarios, y vale la pena hacer la diferencia puesto que ya no se trata solo de un tema semántico, si no que reviste gran importancia a la hora de aplicar la retención en la fuente dado que se va a dar un tratamiento diferencial a los porcentajes de retención en servicios y honorarios.

La Dirección de impuestos y aduanas nacionales DIAN, en su doctrina administrativa que emite a través de oficios y conceptos ha hecho una distinción entre servicios y honorarios donde precisa: “esta dependencia ha insistido en que para efectos de aplicar la retención en la fuente se deben diferenciar claramente los conceptos de honorarios y de servicios en general. El Concepto 060278 de junio 23 de 2000 precisó:

> "HONORARIOS. Son los ingresos percibidos en dinero o en especie en desarrollo de una labor en donde el factor intelectual es determinante, y que se ejecute sin subordinación. Esta forma de pago es característica en la prestación de servicios profesionales, técnicos, etc., Tarifa de retención 10%, SERVICIOS. Son los ingresos que se recibe por la prestación de un servicio, en donde- no predomine el ejercicio intelectual. Medir, pesar, colocar y remover materiales, son ejemplos de este concepto" (Oficio N° 059443 del 17 de julio de 2006. Tema: Retención en la fuente- Renta. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.)

así pues, se concluye que la diferencia entre honorarios y servicios radica en el predominio que se tenga en la actividad desarrollada, si predomina el factor intelectual serán honorarios, y si es puramente material o mecánico serán servicios.

En lo que respecta a la aplicación de la retención en la fuente de trabajadores independientes, el artículo 392 del estatuto tributario en su segundo y tercer inciso establece que estarán sujetos a dicha retención por concepto de honorarios y comisiones quien no esté obligado a declarar renta y que el valor a retener será el diez por ciento (10%) del valor pagado, además, que la tarifa por servicios igualmente para los no contribuyentes será del seis por ciento (6%) y finalmente para los declarantes, por servicios será del cuatro por ciento (4%).

Un cambio importante en lo que respecta a la retención en la fuente para los independientes y en si estos son o no beneficiarios de la renta exenta tal como sucede en la retención en la fuente por pagos laborales, fue la modificación del articulo 383 del estatuto tributario por el artículo 17 de la Ley 1819 de 2016, el establece que se tomará el monto total del valor del

contrato menos los respectivos aportes obligatorios a salud y pensiones y que su aplicación se daría a partir del primero de marzo de 2017, pero que hasta la fecha ha tenido acepciones e interpretaciones erróneas por lo que, la DIAN en su más reciente concepto ha hecho la aclaración que según su análisis, se habrán de equiparar tales efectos de la renta exenta del 25% por pagos laborales a las personas naturales que reciban ingresos por concepto de honorarios y servicios personales[7], esto es, a los trabajadores independientes, ya que sin dicha aclaración por parte de la corporación, los efectos para estos serian dichas retenciones sobre el valor total de la remuneración sin que se pudiera excluir este 25% de la renta exenta, situación que se venía presentando con mucha frecuencia puesto que antes de la modificación del articulo 383, a los trabajadores independientes se les retenía un 11% sobre el valor total del contrato.

Otra de las modificaciones que se ha hecho recientemente y que empezara a regir a partir del mes de octubre del presente año para los trabajadores vinculados mediante contratos de prestación de servicios, es que ya no tendrán que pagar la seguridad social integral mes anticipado sino mes vencido y que el contratante es quien deberá retener de los honorarios o servicios el dinero para el pago efectivo de dicha carga (Decreto 1273, 2018), convirtiéndose también en agente retenedor, similar a la figura del empleador pero sin la obligación de pagar algún porcentaje de la seguridad social integral pues sigue siendo carga exclusiva del contratista.

[7] Ver: “En ese sentido, este despacho ha interpretado que a las personas naturales que reciban pagos o abonos en cuenta por concepto de ingresos por honorarios y por compensación por servicios personales que informen que no han contratado o vinculado dos (2) o más trabajadores asociados a la actividad, les aplica el 25% de rentas exentas laborales de conformidad con el numeral 10 del artículo 206 del E.T...” concepto general unificado no. 0912 del 19 de julio de 2018, Impuesto sobre la renta de las personas naturales. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

8. CAPITULO II

Repercusión de las cargas sobre el trabajador independiente colombiano

"La desigualdad es la causa y la consecuencia del fracaso del sistema político, y contribuye a la inestabilidad de nuestro sistema económico, lo que a su vez contribuye a aumentar la desigualdad."

Joseph Eugene Stiglitz

Una vez identificadas las cargas y habiendo concretado en cabeza de quien esta su cumplimiento, pasamos de la teoría a la práctica, con el fin de analizar cómo afectan dichas obligaciones legales a una persona que no es beneficiaria de un vinculo laboral, pero que trabaja por un contrato de prestación de servicios.

Una persona empleada en Colombia por un contrato laboral cuenta con beneficios como la carga compartida con su empleador de la seguridad social integral, es beneficiario al igual que su familia de la caja de compensación familiar, recibe dos primas al año, cesantías e intereses a las mismas, vacaciones pagas, incapacidades cubiertas por la EPS, ARL o en su defecto su empleador, en algunos casos cuenta con subsidio de transporte y dotación, por el contrario, un trabajador independiente cuenta únicamente con el pago por el servicio prestado sin ningún otro beneficio o prerrogativa y hay que dejar claro desde el comienzo, que no todo aquel trabajador que preste sus servicios por medio de un contrato de prestación de servicios o trabaje por cuenta propia es un profesional liberal o una persona que sea contratada por sumas exorbitantes.

Ahora bien, la población que trabaja en Colombia por medio del empleo informal o trabajo por cuenta propia tiene una tendencia que no fluctúa abruptamente, según el boletín técnico

sobre la medición de empleo informal y seguridad social presentada por el DANE en el mes de mayo del 2018 y que recopila datos por la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH), para el primer trimestre del 2018, la proporción de ocupados informales en las 13 ciudades y áreas metropolitanas fue 47,3% para el trimestre enero - marzo 2018. Para el total de las 23 ciudades y áreas metropolitanas fue 48,4%[8].

Dichas estadísticas dejan en evidencia que casi la mitad de los empleados en el país laboran por fuera de un contrato de trabajo, entonces, ¿Qué significa ser trabajador independiente en Colombia?, ser un trabajador independiente significa tener que devengar más dinero para tratar de equipararse a las condiciones de un trabajador dependiente y a la vez suplir las necesidades básicas propias y las de su familia, sin embargo el valor del contrato al no estar regulado por el código sustantivo del trabajo no está sometido al salario mínimo, motivo por el que puede hacerse por el monto que se desee, lo que significa que si un trabajador independiente celebra un contrato de prestación de servicios por un salario mínimo mensual o inferior a este, tendrá la decisión si cumplir con las cargas legales o con las de su unidad familiar, por lo tanto, como el estado impone cargas insostenibles a un trabajador independiente, éstas terminan siendo evadidas.

Se observa claramente que lo que en un contrato laboral se cuenta como beneficio para un empleado, en un contrato de prestación de servicios se tergiversa y se convierte en una carga para el trabajador, por lo tanto, un trabajador independiente que quiera tener las mismas condiciones que uno dependiente deberá ganar entre un 29% a un 32% más que este para estar en igualdad de condiciones únicamente en lo que respecta a la seguridad

[8]Ver: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/comunicados_de_prensa/Cp_GEIH_ene18_mar18.pdf

social integral y a la caja de compensación familiar, sin dejar de lado el hecho que esta última presta menos beneficios al independiente, y si traducimos dichos porcentajes a dinero teniendo como base a un empleado y un independiente que devenguen el salario mínimo, lo que el independiente deberá devengar de más o dejar de invertirlo en sus necesidades básicas varía entre $ 231.419,5 a $ 257.309.86, esto dependiendo de la escala del riesgo en el que este se encuentre para pagar el ARL y si desea cotizar a caja de compensación por algunos o "todos" los beneficios que esta ofrece, situación que se evidencia gráficamente en la siguiente tabla:

Tabla 1. Cuadro comparativo entre empleados e independientes respecto al porcentaje que les toca sufragar para pago de la seguridad integral y la caja de compensación familiar.

Carga	**Empleado**		**Independiente**	
Salud	4%	$ 31.249,68	12.5%	$ 97.655,25
Pensión	4%	$ 31.249,68	16%	$ 124.998,72
Riesgos Laborales	0%	0	0.522% 1.044% 2.436%	$ 4.078,08 $ 8.156,16 $ 19.031,05
Caja de compensación	0%	0	0.6% 2%	$ 4.687,45 $ 15.624,84
			TOTAL	**$ 231.419,5 - $ 257.309.86**

Fuente: elaboración propia con base en la normatividad vigente anteriormente mencionada.

En razón de lo antes enunciado, se pone de manifiesto la desigualdad existente entre trabajadores independientes respecto a los dependientes, por ejemplo, si hablamos de los

beneficios que traen consigo los aportes parafiscales a las cajas de compensación familiar como lo son la posibilidad de acceder a las prerrogativas que nos trae enunciadas la ley 21 de 1982 como lo es ayudar a los trabajadores a sobrellevar las cargas económicas en sus hogares permitiendo así el fortalecimiento de la familia como célula básica de la sociedad tal como nos lo enuncia el artículo 27 de esta ley, frente a esto nos preguntamos lo siguiente: ¿acaso los trabajadores independientes no sufren estas necesidades económicas al no ser beneficiarios del subsidio económico de la caja de compensación familiar? La respuesta es obvia, claro qué sí, pero parece que el Estado ha dejado los contratos de prestación de servicios como herramientas para contratar mano de obra barata a disposición del contratante sin que acarree mayores obligaciones para este, así también se ha olvidado legislar para los débiles, dejándoles sin garantías mínimas para que puedan llevar una vida laboral con dignidad, formalidad y con un buen sistema de protección social a su servicio sin que ello implique que destinen una tercera parte de su remuneración para pagarla aun cuando perciben un salario mínimo.

Sin embargo, la precaria situación de los trabajadores independientes no termina ahí, es menester afirmar que el estado ha intentado aliviar un poco las cargas de los independientes al crear sistemas como el fondo de solidaridad pensional también conocido como Consorcio Colombia Mayor, el cual se creo para ayudar por medio de subsidios en aportes al sistema general de pensiones a las personas que carezcan de medios para sufragarlos, entre estos, los trabajadores independientes tal como se encuentran mencionados textualmente en el inciso tercero del primer artículo del decreto 3771 de 2007[9], sin embargo la realidad del

[9] Ver: "Artículo 1°- Naturaleza y objeto del fondo de solidaridad pensional: … Subcuenta de Solidaridad destinada a subsidiar los aportes al Sistema General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del

fondo de solidaridad pensional y del sistema general de pensiones resulta reveladora; según el Departamento Nacional de Planeación (DPN) en su informe sobre los Desbalances Fiscales y Seguridad Social: Desafíos del Sistema Pensional Colombiano, publicado en Noviembre de 2017, para el año 2015, los subsidios a pensiones fueron catalogados como "los peores focalizados" por el hecho que su distribución se concentraba en las personas ubicadas en las clases sociales 4 y 5 en porcentajes alarmantes, pues del 100% de los subsidios otorgados y que se estaban pagando el 23,4% tenia como destino las personas de estrato 4 y el 50,8% era para las personas de estrato 5, además evidencia que Colombia presenta bajos niveles de cobertura pensional y que el porcentaje de las personas mayores a 60 años que cuentan con pensión son el 23% y finalmente el informe muestra que los aportes y los pensionados del sistema pensional se concentra en las personas ubicadas en el estrato socioeconómico 5, donde los pensionados equivalen al 62% y los aportantes al 49%.

Estadísticas que evidencian como las personas con más solvencia económica son a su vez el mayor porcentaje de beneficiarios de sistemas creados para las personas carentes de recursos tales como los trabajadores independientes y demuestran también como en Colombia quienes mas aportan y se pensionan son las personas de estratos socioeconómicos altos, alertándonos de la ineficiencia e ineficacia no solo del fondo de solidaridad pensional sino también del sistema general de pensiones que parece estar pensado para velar por el bienestar de las personas con necesidades económicas pero que en la practica se esta utilizando para conservar e incrementar los ingresos de las personas más ricas, dejándonos como conclusión que un trabajador independiente a menos que este en

---

aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción." Decreto 3771 de 2007, art. 1, inc. 3.

estos estratos socioeconómicos altos o devengue altas sumas de dinero producto de sus servicios, no tendrá forma de acceder a pensión de vejez.

Siguiendo las ideas anteriores, el ser trabajador independiente también implica ser sujeto de retención en la fuente por honorarios o por servicios, y aunque ya son beneficiarios de la renta exenta para que ese 25% con destino a la seguridad social no sea también objeto de retención, el dilema sigue siendo el mismo, cargas y cargas cuando se miran en conjunto y pocos beneficios y si los hay, están mal distribuidos por lo que terminan sobrecargados de obligaciones y sin alivios, pues bien, aunque el estado ha tomado determinaciones como por ejemplo el pagar la seguridad social mes vencido y no a principio, no es un verdadero cambio en cuanto a las cargas, pues en cuanto a legislación sobre independientes se están dando pasos cortos y lentos, marcando aún más la desigualdad entre empleados e independientes, pues el empleado es el objeto de protección de la legislación laboral, mientras el independiente queda en una laguna normativa que no es tratada como conjunto sino como muchas partes dispersas en todas las materias legisladas.

No habiendo tenido suficiente con el exceso de cargas, el trabajador independiente también ha sido concebido como un sujeto substancialmente diferente ante la ley en cuanto a uno dependiente, pues el hecho que tenga que estar activo 20 semanas ininterrumpidas más que uno dependiente que solo necesita hacerlo 4 semanas para recibir el auxilio por incapacidad nos hace cuestionarnos ¿Qué es lo que los hace tan diferentes?, la respuesta es únicamente la modalidad por la que fue contratado, modalidad que al estar concebida fuera del sistema laboral, inmediatamente carece de prerrogativas y beneficios y solo contempla obligaciones.

Este panorama desalentador se perpetua por los círculos de pobreza que se repiten una y otra vez por el desconocimiento de la ley y la falta de educación aunado a la precaria promulgación de dichos beneficios, porque como evidenciamos, los trabajadores independientes, a menos que cuenten con la suerte de celebrar un contrato por encima del valor del salario mínimo, no van a contar con otra ayuda que no sea la que ellos se puedan proporcionar por sí mismos, pues el estado se ha ido consolidando como un ente ajeno a las necesidades de los independientes y da un tratamiento lleno de obligaciones a la generalidad de estos trabajadores asumiendo que del valor del contrato estos contaran con los recursos para sufragar no solo sus propias necesidades sino también las que ha impuesto sobre sus hombros.

9. CAPITULO III

Contrato de prestación de servicios: un medio del que se sirven los empleadores para trasladar sus cargas a los trabajadores independientes

"Donde la igualdad no se discute, allí también hay subordinación."

George Bernard Shaw

El contrato de prestación de servicios se ha definido como un contrato de naturaleza civil o comercial, donde las partes no contraen vínculo laboral alguno, pudiendo el contratista prestar sus servicios por su cuenta y riesgo sin estar sujeto a subordinación del contratante; razón por la cual no nace para el contratante y mucho menos constituye obligación la de pagar prestaciones sociales al contratista ni compartir aportes al sistema de seguridad social.

Para evidenciar de manera efectiva como un contrato de prestación de servicios trae consigo más obligaciones para el trabajador y menos cargas para el contratante, examinaremos el tema de las contrataciones bajo esta modalidad, que es utilizada asiduamente por empleadores inescrupulosos que pretenden ocultar o enmascarar una relación laboral con el ánimo no solo de violar garantías y derechos laborales sino también de sustraerse de sus obligaciones y trasladarlas al trabajador que en realidad cumple con los requisitos para ser un empleado, pero que, por la modalidad contractual termina siendo un independiente.

A este tipo de maniobra es lo que se le ha denominado "contrato realidad" el cual se genera tras la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas que nos

enuncia la constitución nacional en su artículo 53[10], donde a su vez se debe demostrar la existencia de los elementos esenciales de contrato de trabajo: la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral (Código Sustantivo del Trabajo, art 23, numeral 1°, literales a, b, c.), donde este último será el elemento clave o diferenciador frente al contrato de prestación de servicios. Al respecto el numeral segundo del artículo 23 del código sustantivo del trabajo reza lo siguiente "Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen" dejando claro que sin importar la modalidad por la cual se haya contratado no se habrán de desconocer los derechos del trabajador.

Pero la razón por la cual los empleadores tanto del sector público como del privado utilizan esta modalidad contractual con tanta frecuencia además de cumplir con sus fines comerciales y/o administrativos de manera eficiente y evitando el desgaste económico que se deriva de un contrato laboral, es porque logran aprovecharse del afán con el que cuentan las personas que buscan empleo y que por suplir sus necesidades básicas y las de su familia aceptan estos términos precarios y desconocedores de la ley que no reflejaran su realidad laboral; siendo entonces ahora los trabajadores independientes los destinatarios de cargas injustas dadas por un contrato carente de beneficios y portador excesivo de cargas, y a pesar que el contratista puede acudir a los estrados judiciales para que le sea reconocida su

[10] Ver: "Articulo 53- El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad." Constitución política, 1991, art. 53.

condición de empleado, no es usual que se utilice este mecanismo por miedo a perder la poca estabilidad que brinda un contrato así sea de prestación de servicios.

Todo esto se puede evidenciar en distintas providencias judiciales emitidas tanto por la sala laboral de la corte suprema de justicia, como por el consejo de Estado cuando se trata de contratos realidad configurados en la prestación de servicios en entidades del Estado, que para efectos del desarrollo de este capítulo se entraran a estudiar algunas de ellas.

Así pues, haciendo uso de la jurisprudencia de las diferentes corporaciones, damos cuenta de la finalidad perseguida por los contratantes con la utilización de la figura contractual en mención, verbigracia la sentencia 25000-2325-000-2010-00373-01 (2830-2013) proferida por la sección segunda-subsección A del consejo de estado, donde se condena a una entidad estatal (hospital occidente de Kennedy lll nivel E.S.E), a pagar a una contratista las prestaciones sociales y de seguridad social luego de probarse la existencia de un contrato realidad, que estaba siendo disfrazado mediante la figura de contrato de prestación de servicios.

Los hechos se pueden sintetizar de la siguiente manera: una enfermera vinculada mediante contrato de prestación de servicios, eleva solicitud ante la E.S.E con el objetivo de que se le diera el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones generadas con ocasión de su vinculación en el cargo de enfermera jefe, pretensiones que fueron negadas por parte de la E.S.E por lo que la contratista se vio en la necesidad de demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que fuera declarada la nulidad del acto administrativo que negó sus pretensiones y en ese sentido le fuera reconocido el tiempo laborado en la entidad como relación laboral de derecho público y que en consecuencia se

le reconocieran las prestaciones sociales e indemnizaciones como si se tratase de un empleado de planta.

Adicionalmente solicitó condenar a la demandada al pago de: "…la retención en la fuente, ICA, riesgos profesionales que fueron descontados en sus contratos, horas extras, las cesantías definitivas, primas de servicios, primas de navidad, prima de junio, prima de antigüedad, vacaciones remuneradas, prima de vacaciones, prima técnica, reembolso de los aportes a pensión y salud y demás prestaciones sociales que según las normas legales y vigentes regulen a la entidad pública Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E."

En la etapa de fallo se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda por considerar:

> "…que entre las partes existió una verdadera relación laboral como quiera que se acreditaron los tres elementos necesarios para que se configurara la existencia de un contrato realidad; es decir, la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación directa del mismo, la subordinación y dependencia en el desempeño de la actividad y el desarrollo de una labor permanente y propia de la entidad demandada; Por tanto, decretó la nulidad del acto acusado, ordenó al hospital reconocer y pagar a título de indemnización las mismas prestaciones sociales reconocidas al personal de planta que desempeñaba el cargo que la actora ocupó". (sentencia 25000-2325-000-2010-00373-01 (2830-2013) proferida por la sección segunda-subsección A del consejo de estado)

Las pretensiones fueron reconocidas de manera parcial en tanto el tribunal administrativo consideró: "el hecho de reconocer el principio de primacía de la realidad sobre las formas no significa que a la demandante se le otorgue la calidad de empleada pública; por lo que

negó el “reconocimiento de las prestaciones sociales compartidas, como lo son salud y pensión, que asumió la demandante por tratarse presuntamente de un contrato de prestación de servicios, pues al no ser empleada pública, no tenía el empleador la obligación de aportar para tales conceptos”; en apelación presentada por la parte actora, el consejo de estado finalmente le reconoció el reembolso de los pagos por los conceptos de salud y pensión que habían sido trasladados a la trabajadora por medio de la utilización de contrato de prestación de servicios, considerando además que no había fundamento para negar el pago de estos aportes, toda vez que la parte actora logro demostrar fehacientemente la existencia de la relación laboral.

Todo esto es un reflejo de la situación que actualmente padece el trabajador independiente, en la medida en que los empresarios y las entidades del sector público y privado, se aprovechan de la figura contractual para volverlo un contribuyente forzoso y evadir las obligaciones propias de un contrato laboral, convirtiéndose en una situación tan preocupante, que hasta la misma corte constitucional en jurisprudencia del dieciséis de diciembre del año 2016, en sentencia T-723, en cabeza del magistrado ponente Aquiles Arrieta Gómez, dentro de las consideraciones, afirmó:

> “Es un hecho constatado por la jurisprudencia que los poderes públicos han utilizado de forma abierta y amplia la figura del contrato de prestación de servicios para enmascarar relaciones laborales y evadir consistentemente el pago de prestaciones sociales, desconociendo así las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, dejando de lado además, la excepcionalidad de este tipo de contratación.” (Corte Constitucional, sentencia T-723, 2016)

situación que deja en evidencia como el contrato de prestación de servicios en las entidades públicas se ha convertido en norma general, dándonos de entrada una pincelada de la difícil situación que afrontan los trabajadores independientes en general, pues si las entidades públicas que se supone estan supeditadas al cumplimiento de las garantías del estado, la situación empeora cuando se trata de entidades privadas.

Sin embargo, esta no es una situación nueva, en lo concerniente a los contratos realidad generados por la prestación de servicios en la administración pública, la jurisprudencia del consejo de Estado ha sido enfática al recordar a las entidades Estatales que el contrato de prestación de servicios debe Cumplir con el requisito de ser transitorio, ocasional y excepcional, de manera tal que no podrá ser utilizado para desempeñar actividades de carácter permanente. Por su parte la corte constitucional en sentencia C-614 de 2009 sobre el particular ha dicho lo siguiente:

> "La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado,

> en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos" (Corte Constitucional, sentencia C-614, 2009).

Pese a todas estas anotaciones que ha hecho la sala laboral de la corte suprema de justicia, el consejo de estado y la corte constitucional, con el ánimo de proteger a los trabajadores colombianos, sigue siendo muy frecuente la utilización de los contratos de prestación de servicios por los empleadores con ese ánimo defraudatorio y de mala fe, que se supone, que por ser la parte fuerte dentro de la relación laboral deberían tener una política protectora de los derechos laborales de sus trabajadores como un asunto de responsabilidad social empresarial, máxime cuando es el Estado quien funge como empleador, es inadmisible que este mismo sea quien se encargue de violar las prerrogativas que tienen los trabajadores que prestan sus servicios a las entidades del Estado.

Ahora bien, lo que se pretende no es satanizar o desacreditar los contratos de prestación de prestación de servicios, pues en la medida que se lleven a la praxis de la forma en que los prevé el art 32, numeral 3 de la ley 80 de 1993, no generarían perjuicio alguno para los trabajadores, el problema surge precisamente cuando se quiere utilizar esta modalidad contractual con el ánimo defraudatorio y doloso tendiente a desconocer derechos laborales.

Es tan reprochable esta situación que la corte constitucional en sentencia C-614 de 2009, ha considerado la que práctica de los contratos de prestación de servicios para realizar funciones de tipo permanente y por supuesto bajo la continua dependencia y subordinación, resulta violatorio al derecho al trabajo:

> "En diversas oportunidades la Corte Constitucional ha manifestado que el trabajo goza de amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo o de exigirle al Estado el mínimo de condiciones materiales que se requieren para proveer su subsistencia en condiciones dignas, sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada" (Corte Constitucional, sentencia C-614, 2009)

A propósito de la violación de los derechos laborales de este tipo de trabajadores, las congresistas Angélica Lozano y Claudia López tienen en curso el proyecto de Ley 090 de 2017 ante la Cámara "por medio del cual se expide el régimen de trabajo decente para los contratistas de prestación de servicios y se dictan otras disposiciones en materia de Contratación Administrativa y Modernización Estatal." que busca dar a los contratistas cinco días de vacaciones por cada año laboral, una prima del 25% y un plan básico en una

caja de compensación, entre otros beneficios, mismo fue aprobado en primer debate y de la cual se publicó la segunda ponencia el 6 de agosto de 2018.

Una de las razones que llevaron a Angélica Lozano a promover este proyecto de ley fue precisamente la inconformidad con el mal uso de los contratos de prestación de servicios en la práctica contractual y al respecto dice lo siguiente:

> "El modelo de prestación de servicios es una nueva forma de esclavitud en el siglo XXI. Las personas no tienen definidos sus horarios o responsabilidades en muchos momentos y no pueden acceder a vacaciones o prima como las personas de contratación directa. Mediante este proyecto apoyaremos y ayudaremos a mejorar las condiciones laborales de miles de colombianos" (Publímetro (14/08/2017) Publímetro Colombia. Recuperado de: https://www.publimetro.co/co/noticias/2017/08/14/trabajadores-prestacion-servicios-tendrian-vacaciones-primas-cesantias.html)

Se estima que de ser aprobado este proyecto en el congreso y de darse la respectiva sanción presidencial alrededor de 900.000 trabajadores, incluso más, se verían beneficiados de esta iniciativa.

Finalmente, podemos afirmar indiscutiblemente que los trabajadores independientes si cuentan con mas cargas que un trabajador dependiente, si no fuera así, la modalidad contractual de prestación de servicios no seria utilizada por las mismas entidades publicas de forma asidua para ahorrar costos.

10. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

"El único Estado estable es aquel en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley."

Aristóteles.

Los trabajadores independientes a pesar de ser un grupo numeroso e importante en la estructura laboral del país no han tenido un desarrollo normativo tan exhaustivo como lo han tenido las relaciones laborales, solo hasta ahora, el estado ha tomado determinaciones que versen en el trabajo independiente y aunque dichas decisiones puedan traer beneficios u obligaciones, aquí lo importante es que ya están haciendo parte de la discusión, sin embargo, aún no son objeto de legislación especial y especifica por lo que el horizonte de los trabajadores independientes es incierto todavía.

Analizando el hecho que el trabajo, así sea el mismo, realizado por dos personas en las mismas condiciones y capacidades y en el cual la única diferencia es el tipo de contrato celebrado para llevar a cabo la labor, en principio daría pie para pensar que la ley los acogería de la misma forma, sin distinciones, otorgándoles los mismos beneficios e imponiendo las mismas obligaciones, pero en la práctica, la ley no solo hace una gran diferencia en cuanto a la definición de unos y otros trabajadores, sino que ha mostrado una clara preferencia legislativa en cuanto a los trabajadores dependientes, considerándolos como la parte débil de la relación laboral, aun cuando son los mas beneficiados pues las cargas derivadas del contrato de trabajo son compartidas o constituyen una obligación exclusiva para su empleador.

Claro que nuestra finalidad no es eliminar la categoría de trabajadores independientes o la figura del contrato de prestación de servicios, ni que el contratante cuente con las cargas del

trabajador como si fuere una relación laboral ya que a falta del requisito esencial de la subordinación nunca podrá equipararse a un contrato de trabajo, pero ello no implica que las necesidades de un trabajador independiente sean menos importantes únicamente porque no están subordinados y por eso sean objeto de tantas obligaciones sin importar ni distinguir cual es la verdadera situación de los independiente; el objetivo es evidenciar como los trabajadores independientes están sujetos a obligaciones excesivas, de mostrar como su situación se encuentra en un limbo legislativo, en el cual hay que hurgar en infinidad de decretos, leyes, resoluciones y conceptos para poder entender las cargas y beneficios con las que cuenta este relegado grupo de trabajadores, pues para su desgracia no existe compilación ni algún tipo de legislación especifica enfocada en el trabajador independiente.

Se trata a los trabajadores independientes de manera diferente por que en sus contratos carecen de subordinación, porque su servicio es prestado por su cuenta y riesgo, pero esto no es óbice para que tengan que decidir si cumplir con sus obligaciones personales o con las que el estado le impuso, porque en Colombia la calidad de vida se hace cada vez más costosa, la salud y la educación tampoco son prioridad en los debates legislativos, somos un país ahogado en impuestos y obligaciones para la clase media trabajadora y si ya esto genera dificultades en la vida cotidiana para un empleado que cuenta con tantos beneficios, el panorama de los independientes es aún peor, tal vez se han concebido leyes y normas muy estrictas para el acceso a prerrogativas como la seguridad social, el ARL, la caja de compensación familiar, etc., pues el estado no legisla pensando en las necesidades de la sociedad sino en cómo la sociedad deberá acomodarse a estas nuevas necesidades que el crea, a nuestros legisladores les hace falta un sorbo de realidad social, que se busque la

forma de crear sistemas sostenibles y efectivos y no solo elefantes blancos que favorezcan a los ya favorecidos, esto es un llamado a la concientización no solo de quien crea las leyes sino también para quienes vayan a ser objeto de ellas, porque el no cumplimiento de estas cargas legales también puede traer consecuencias colosales para los independientes, si no cotiza a pensión no se pensiona, si no cuenta con ARL y sufre un accidente laboral la EPS no será la entidad obligada a correr con el auxilio de incapacidad, si no cumple de forma correcta con la retención en la fuente será requerido por la DIAN, estas solo por mencionar algunas, serían las consecuencias de la evasión de cargas, pero como ya se había mencionado anteriormente, el trabajador independiente no cuenta con muchas opciones, pero si con muchas obligaciones.

Damos respuesta a la inquietante pregunta que titula esta investigación, con base en el análisis que dio fundamentos a la misma, constatando el hecho que el estado no ha cumplido con la aplicación del principio de la igualdad enmarcado en el concepto de la generalidad concreta y no abstracta, pues advertimos en primera medida siendo la más evidente el caso de la cotización ininterrumpida para poder acceder al auxilio de incapacidad, donde hay una diferencia abismal de 20 semanas entre dependientes e independientes, lo cual, así la jurisprudencia diga que no lo permite, la ley consagra regulación diferente a un mismo supuesto, los trabajadores, dejando cada vez más lejanas las condiciones de igualdad y rompiendo concretamente con el principio de igualdad objetiva o formal, lo que genera necesariamente el rompimiento a su vez de la igualdad material debido a que la ley misma es la que hace a diferencia, no busca evitarla, él la fomenta emitiendo normas como la mencionada constituyendo una conducta tendiente a la

discriminación por el hecho de no ser trabajadores dependientes y que por esa razón deban cotizar más tiempo para obtener el beneficio.

Otra de las situaciones que también evidencia como el estado no cumple lo que afirma respecto de la igualdad objetiva o formal, es la situación que afrontan los independientes respecto a las cajas de compensación familiar, debido a que, aunque paguen en la misma medida que un dependiente, no van a poder acceder a la totalidad de los beneficios que estos tienen; ambas situaciones mencionadas se derivan de la legislación vigente, lo que contraviene naturalmente con lo que mediante jurisprudencia se ha afirmado, demostrando como cada vez mas el poder legislativo se aleja de los preceptos del poder judicial, y aunque ambos poderes se cataloguen de forma diferente, hacen parte del mismo estado que debe llevar coherencia, pues si el poder judicial, en cabeza de las altas cortes busca proteger a los sujetos en inferioridad de condiciones, el poder legislativo deberá ejecutar mediante leyes la protección y no hacer más notoria la desigualdad.

Ahora, teniendo en cuenta que el estado, si ha tomado en cierta medida determinaciones análogas entre el poder judicial y el legislativo en aras de salvaguardar el principio de igualdad objetivo manifestado en decisiones de igualdad material, ha concebido y ejecutado sistemas como el fondo de solidaridad pensional, mismo que esta pensado para la población menos favorecida, clara manifestación del principio de igualdad formal u objetivo pues el estado ha tomado decisiones diferentes pensado en la población diferente para lograr la equiparación de condiciones en la población en general, sin embargo a pesar que el estado si ha tenido correspondencia en este caso en específico, la ejecución del programa se convierte en una contradictoria aplicación de la ley, así lo demostró el Departamento Nacional de planeación (DPN) al revelar como estos subsidios están mal focalizados pues

se concentran en la población más favorecida del país, ubicada en los estratos socioeconómicos más altos.

Después de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta que el estado si ha hecho un esfuerzo para lograr equiparar condiciones, en el caso concreto a los trabajadores independientes mediante dicho fondo, no consideramos que la idea no sea viable, por el contrario, para conseguir el objeto para el que fue creado el fondo de solidaridad pensional, no hay que eliminarlo, ni reformarlo, solo hay que cambiar la forma en que se divulga, para así cambiar su focalización, pues si las campañas de promulgación se concentran el cascos urbanos o en ciudades capitales es predecible como los estratos socioeconómicos altos van a ser los que mas acceden al sistema, por eso hay que determinar los medios idóneos para dar a conocer el sistema a las personas para quienes fue pensado, hacer un estudio previo para catalogar los medios masivos a los que más accede esta población, pues si en un pueblo muy alejado de lo urbano, el medio correcto no será el internet, será entonces el mas utilizado por la comunidad, ya sea el periódico, radio o cualquier otro, y así requiera de más esfuerzo por parte del estado para acceder a estas poblaciones, es obligación del mismo velar no solo por el cumplimiento efectivo de la ley, sino de la protección de dichas personas.

Así también, el estado debe reevaluar la posibilidad de otorgar mas beneficios a los trabajadores independientes, ya sea por medio de eliminación o reducción de cargas o por el otorgamiento efectivo de subsidios, esto implica la creación de leyes y su efectiva aplicación, por eso consideramos que para beneficio de los trabajadores independientes, hay que crear subvenciones que les permita acceder a los beneficios completos de la caja de compensación familiar y a la afiliación de la ARL sin que su aporte se convierta en una

carga invasiva en el bolsillo del trabajador, además de la reforma y equiparación inmediata en cuanto a los tiempos de cotización entre dependientes e independientes para percibir el auxilio por incapacidad, así como también debería considerarse como posible solución la eliminación de la retención en la fuente para trabajadores que devenguen por honorarios o servicios hasta por dos salarios mínimos, teniendo en cuenta que estos son los que corren con la obligación de pagar su seguridad social integral, que no reciben ningún tipo de subsidio por su contratante y que al igual que los dependientes cuentan con grandes obligaciones personales.

Una clara mejoría para los trabajadores independientes que se vincularon por contratos de prestación de servicios seria la aprobación y ejecución efectiva del proyecto de Ley 090 de 2017 ante la Cámara, sin embargo, dicha ley no solo traería consigo más beneficios y garantías para los trabajadores, sino también cambiaria el paradigma social ya que muchos trabajadores en Colombia en principio fueron vinculados por esta modalidad solo con el fin de trasladar cargas, pero que cambiaría, en este caso de manera positiva pues se estaría equiparando en ciertos aspectos el contrato de prestación de servicios con el contrato de trabajo, coartando a los contratantes a que vinculen por esta modalidad, pues con mas beneficios para los empleados, serían más cargas para los primeros, por lo que suponemos la incrementación de relaciones laborales, pues ambas opciones traerán repercusiones en el bolsillo del contratante, y si ,dichas suposiciones no se vuelven realidad, por lo menos se aligeran las cargas para los independientes, ya que esa es la finalidad de la investigación, tratar lograr un equilibrio de obligaciones para los trabajadores independientes mediante la intervención del estado pues este es quien tiene en sus manos el futuro de este grupo que conforma casi la mitad de la población laboral en Colombia.

11. REFERENCIAS

Bibliografía

Botero Llano, A. H. (2016). *Aportes de los trabajadores independientes al sistema de seguridad social*. (Tesis de maestría) Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. Recuperado de https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/cont/article/viewFile/328433/20785273

Bravo García C. X. y Bazan Riascos Y. O. (2013). *Accidente laboral de contratistas independientes en Colombia*. (tesis de especialización) Universidad ICESI, Santiago de Cali, Colombia. Recuperado de https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/78681/1/braza_accidente_laboral_2103.pdf

Normas, Decretos y Leyes

Constitución política de Colombia [const.] (1991) articulo 13 inc. 2, articulo 53. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

El presidente de la república de Colombia (2 de octubre de 2003). Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994. [Decreto 2800 de 2003] Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16082

El presidente de la república de Colombia (15 de abril de 2013). Por el cual se reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones

públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo y se dictan otras disposiciones. [Decreto 723 de 2013] Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0723_2013.htm

El presidente de la república de Colombia (19 de enero de 2000). Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones. [Decreto 47 de 2000] Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6261

El presidente de la república de Colombia (30 de marzo de 1989). Estatuto tributario. [Decreto 624 de 1989] Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario.html

El presidente de la república de Colombia (30 de septiembre de 2016). Por el cual se adiciona al Capítulo 2 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, una Sección 5 por medio de la cual se reglamenta la afiliación voluntaria al Sistema General de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones. [Decreto 1563 de 2016] Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1563_2016.htm

El presidente de la república de Colombia (1° de octubre de 2007). Por el cual se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional. [Decreto 3771 de 2007] Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_3771_2007.htm

La ministra de educación nacional de la república de Colombia, delegataria de funciones presidenciales según lo dispuesto en el Decreto 1255 de 2018 (23 de Julio de 2018). Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y

Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo. [Decreto 1273 de 2018] Recuperado de http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201273%20DEL%2023%20DE%20JULIO%20DE%202018.pdf

El ministro de gobierno de la república de Colombia, delegatario de funciones presidenciales (22 de Junio de 1994) Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales [Decreto 1295 de 1994] Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1295_1994.html

El presidente de la república de Colombia (31 de Julio de 2002) Por el cual se modifica la Tabla de Clasificación de Actividades Económicas para el Sistema General de Riesgos Profesionales y se dictan otras disposiciones [Decreto 1607 de 2002] Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1607_2002.htm

El congreso de la república de Colombia (23 de Diciembre de 1993) Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones [ley 100 de 1993] recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

El congreso de la república de Colombia (27 de diciembre de 2002) Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. [ley 789 de 2002] Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0789_2002.htm

El congreso de la república de Colombia (29 de diciembre de 2016) Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha

contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. [Ley 1819 de 2016] Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1819_2016.html

El congreso de la república de Colombia (22 de Enero de 1982) Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones [Ley 21 de 1982] Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0021_1982.htm

Código sustantivo del trabajo (7 de junio de 1951) Esta edición se trabajó sobre la publicación de la Edición Oficial del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951. Recuperado de http://www.mintrabajo.gov.co/normatividad/leyes-y-decretos-ley/codigo-sustantivo-del-trabajo

Jurisprudencia

Corte Constitucional de la República de Colombia (29 de marzo de 2012) sentencia C-250/12 [MP Humberto Antonio Serra Porto]

Corte Constitucional de la República de Colombia (18 de julio de 2007) sentencia C-543/07 [MP Alvaro Tafur Galvis]

Consejo de estado de la República de Colombia (21 de julio de 2016) sentencia 25000-2325-000-2010-00373-01 (2830-2013) [MP Gabriel Valbuena Hernández]

Corte Constitucional de la República de Colombia (16 de diciembre de 2016) sentencia T-723/16 [MP Aquiles Arrieta Gómez]

Corte Constitucional de la República de Colombia (2 de septiembre de 2009) sentencia C-614/09 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Informes y resoluciones

DANE - Departamento Administrativo Nacional de Estadística – (2018) Boletín técnico que reúne información de la Gran Encuesta Integrada de Hogares, Medición de empleo informal y seguridad social, Enero – marzo 2018, Bogotá D.C., publicado 10 de mayo de 2018. Gráfico 1.

DIAN - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – (2006) Oficio N° 059443 del 17 de julio de 2006.

DIAN - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – (2008) Oficio número 094075 del 24 de septiembre de 2008.

DIAN - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – (2012) Oficio número 013205 del 29 de febrero de 2012.

DIAN - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – (2017) Resolución 000063 del 14 de noviembre de 2017.

DIAN - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – (2018) concepto general unificado no. 0912 del 19 de julio de 2018.

DPN - Departamento Nacional de Planeación – (2017) Desbalances Fiscales y Seguridad Social: Desafíos del Sistema Pensional Colombiano, agenda noviembre de 2017. Recuperado de http://www.anif.co/sites/default/files/memorias/luis_fernando_mejia_-_dnp_nov_9.pdf

OIT - Organización Internacional del Trabajo. (2003) Informe de la Decimoséptima Conferencia Internacional

Articulo digital

Publímetro (14/08/2017) Publímetro Colombia. Recuperado de: https://www.publimetro.co/co/noticias/2017/08/14/trabajadores-prestacion-servicios-tendrian-vacaciones-primas-cesantias.html