



Aciertos y desaciertos normativos del sistema de riesgos laborales de los trabajadores independientes en Colombia.¹

Ingrid Clemencia Gómez Peñaloza

Abogada egresada de la Universidad Industrial de Santander,
Especialista en derecho Privado de la Universidad de Antioquia,
ex empleada Rama Judicial, litigante y actual abogada de vía gubernativa en la
Regional Antioquia del SENA.

¹ Artículo elaborado para optar el título de Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

El creciente número de trabajadores independientes merece la implementación normativa que asegure las contingencias propias del sistema de riesgos laborales y que materialice los principios de la seguridad social, pues históricamente se ha dejado como voluntario de las partes que pactan contratos de prestación de servicios, aquel aseguramiento en perjuicio no solo del trabajador sino de las familias dependientes de aquel.

La normativa reciente aunque ha generado el engrosamiento de la base de cotizantes en el sistema de riesgos laborales, no ha cumplido el cometido de prestar el aseguramiento de los trabajadores independientes e informales que carecen de contratos formales para obtener la afiliación que traslade la responsabilidad frente al riesgo creado por la prestación de un servicio.

Se sintetiza de esta forma, el aseguramiento que en el sistema de riesgos laborales ha tenido el trabajador independiente, la evolución normativa, el alcance de los principios constituciones de la seguridad social y las carencias de protección que actualmente mantiene este grupo cada vez mayor de trabajadores.

Palabras Clave: Trabajador independiente, contratistas, afiliación, cotización, contrato formal de prestación de servicios, riesgos laborales.

Aciertos y desaciertos normativos del sistema de riesgos laborales de los trabajadores independientes en Colombia

“Sorprendernos por algo, es el primer paso de la mente hacia el descubrimiento.”

Louis Pasteur.

Introducción.

Por los artículos 48 y 365 Superiores, la seguridad social se caracteriza por ser un derecho irrenunciable y un servicio público obligatorio, cuya prestación corresponde al Estado, permitiéndose también ser prestado por particulares bajo la regulación estatal. De igual forma, debe el Estado garantizar una protección especial al trabajo en sus distintas modalidades como lo ordena el artículo 25 de la C.N. (Constitución Nacional), y de esta forma entrar a facilitar las condiciones para que las relaciones laborales se desenvuelvan en condiciones dignas y justas.

Luego se observa que, tanto para los trabajadores dependientes como los independientes o contratistas y aún para los trabajadores informales, el Estado en aplicación del bloque de constitucionalidad directa del artículo 93 Superior, debe garantizar unos principios mínimos en materia de trabajo, como la igualdad de oportunidades, irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales y primacía de realidad sobre las formas entre otros, así como ser garantista de los principios de la seguridad social como el de la universalidad y progresividad, no solo para un grupo cada vez más pequeño de trabajadores como los vinculados mediante un contrato laboral, sino para el creciente grupo poblacional de trabajadores independientes, contratistas y el más voluminoso de trabajadores informales.

Bajo el anterior entendido, se tiene que el Sistema de Riesgos Profesionales (hoy Riesgos Laborales a partir de la Ley 1562 de 2012), como integrante del Sistema General de Seguridad Social, tiene por fines garantizar que, ante las circunstancias de riesgos que pueden generarse con causa o con ocasión del trabajo, a todos los trabajadores (ya sean dependientes o independientes), a quienes les surja las contingencias de accidente y enfermedad laboral, puedan mantener el nivel de ingresos y el de sus familias, de modo que continúen llevando una vida digna y de calidad, sin que se afecte su mínimo vital.

Todo lo anterior, bajo el panorama por el cual la labor realizada por los trabajadores independientes y contratistas rompe drásticamente con el esquema de responsabilidad objetiva en cabeza del empleador, así como de la reparación de perjuicios que encierra la teoría del riesgo, toda vez que en dicha persona, confluyen las dos calidades: la de trabajador y la de patrono o empleador; asumiendo de esta manera, por su cuenta y riesgo, las eventualidades y contingencias, que se pudieren presentar, tales como, enfermedades profesionales, muerte e invalidez en el trabajo, y es justo acá, frente a dicho incremento en responsabilidad para el trabajador independiente, que se hace necesario un robusto sistema de riesgos laborales que le asegure el cubrimiento de dichas contingencias.

Las tasas estadísticas oficiales de desempleo históricamente han mostrado que la población que carece de empleo en el campo de la economía formal, ha pasado a ubicarse en la informalidad o han mutado a prestar sus servicios por su propia cuenta, ya como trabajador

informal, independientes o contratistas; ello en razón a las situaciones propias de la economía colombiana que no ofrece unas políticas claras de creación de puestos de trabajo, ni estabilidad en el empleo.

Este creciente grupo poblacional de trabajadores independientes, contratistas e incluso los informales, en la mayoría de los casos, carece de la educación profesional suficiente para prevenir los posibles riesgos que se presentan en los sitios en los cuales prestan sus servicios, y en muchos casos no cuentan, con la solvencia suficiente para trasladar dicho riesgo a las Aseguradoras de Riesgos Laborales - ARL, mediante el pago de una cotización, para buscar de esta forma, asegurarse frente a las contingencias que puedan surgir en el trabajo, tales como enfermedades profesionales, invalidez o muerte. Y a muchos que conocen la importancia del aseguramiento en riesgos profesionales, no le es permitido, por carecer de las formalidades propias que exigen las ARL y de esta manera se les impide su afiliación.

Por su parte, el órgano legislativo, aun cuando ha abordado el tema de los Riesgos Laborales de los trabajadores independientes, lo ha hecho de una forma tardía, pues la primera normatividad que abordó la problemática fue el Decreto 1295 de 1995, y en esta se le restó importancia al tema de la afiliación, pues erigió como voluntario el acto de la afiliación, el cual es protector de las contingencias futuras y sobrevivientes de la actividad laboral, sin generar el camino que les permitiera mayor protección a los trabajadores independientes en materia de riesgos laborales. Y de esta forma el tema ha sido pacífico y no ha tenido mayor desarrollo legal ni jurisprudencial, en la medida que, la mayor parte de la población que presta sus servicios de esta forma, por la búsqueda de mayores ingresos ven en el pago de la cotización al sistema de Riesgos Profesionales, la consecuente obligación de cotizar para el Sistema General de Seguridad Social en salud y pensiones, razones por las cuales, en el imaginario de este grupo poblacional, ha sido entendida la cotización para el sistema de Riesgos laborales como una carga que no reporta ningún beneficio, aceptando así, que esta cotización sea a voluntad, sin percatarse de la aparición de posibles accidentes de trabajo, enfermedades profesionales o incluso la muerte durante la prestación de su servicio.

Bajo estos pocos desarrollos normativos, surge la última normatividad que rige el tema de los Riesgos Laborales de los trabajadores independientes (Ley 1562 de 2012), por la cual se hizo alusión a conceptos como: trabajador dependiente, trabajador independiente, contratista, contrato formal, escrito y verbal, haciéndose así necesaria la aclaración de dichos conceptos, a más de los arriba relacionados como culpa objetiva y teoría del riesgo, todo ello con el fin de conocer el contexto, alcances e implicaciones que para esta población de trabajadores independientes, les trae esta nueva normatividad.

Una vez aclarado lo anterior, es importante conocer la evolución normativa del tema de los Riesgos Laborales que asumen los trabajadores independientes, no solo por representar cada vez más un número importante en la economía del país, sino para conocer cuáles han sido las fallas normativas y comprender si las actuales legislaciones (Ley 1562 de 2012 y Decreto 723 de 2013), cumplen con los cometidos constitucionales e internacionales arriba planteados.

De esta forma se realiza el abordaje normativo del Decreto 1295 de 1994, el Decreto 1772 de 1994, la llegada al Acuerdo 005 de 2001 expedido por el Ministerio del Trabajo y la

Seguridad Social. Conocer a su vez, los aportes que en la materia realizaron los Decretos 2800 de 2003, 3615 de 2005; para, finalmente, abordar la normatividad actual o Ley 1562 de 2012, con su Decreto Reglamentario 723 de 2013. Todo lo anterior con el fin de conocer los avances, aciertos y desaciertos normativos, así como los desafíos que enfrenta el Estado Colombiano en torno al Sistema de Riesgos Laborales de los trabajadores independientes y aún de los informales.

Se analizará la aplicación de los principios de la seguridad social en las actuales normativas de riesgos laborales de los trabajadores independientes; el agravante en la desprotección del aseguramiento del trabajador independiente por cuenta de la carencia de responsabilidad objetiva; para finalizar con los aportes jurisprudenciales que sobre la materia han realizado las Cortes Constitucional, Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

1. Aclaración conceptual de los términos: trabajador independiente, contratista y trabajador informal.

Es pertinente en primera instancia, realizar una aclaración conceptual del grupo poblacional objeto de estudio, es decir, de los trabajadores independientes, contratistas e informales. En torno a ello se tiene que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, ha adoptado para la realización de los trabajos estadísticos en Colombia el contenido de la Resolución 15 de la OIT de 1993, que establece la Clasificación Internacional de la Situación del Empleo – CISE 93, por la cual se afirma que según la situación del empleo de un país surgen los siguientes grupos “1. Asalariados, 2. Empleadores, 3. Trabajadores por cuenta propia, 4. Miembros de Cooperativas de Productores, 5. Trabajadores Auxiliares Familiares, 6. Trabajadores que no pueden clasificarse según la situación en el empleo”.

Y tal como en dicha resolución se indica, los grupos de la CISE-93 se definen haciendo referencia a la distinción entre: “los «empleos asalariados», por un lado, y los «empleos independientes», por el otro” y que dichos grupos “se definen haciendo referencia a uno o más aspectos del riesgo económico y/o del tipo de autoridad que el contrato de trabajo implícito o explícito confiere a los titulares o a que los somete”. Entrando de esta forma a definir, el cuerpo normativo en cita, al **empleo independiente** como:

Aquellos empleos en los que la remuneración depende directamente de los beneficios (o del potencial para realizar beneficios) derivados de los bienes o servicios producidos (en estos empleos se considera que el consumo propio forma parte de los beneficios). Los titulares toman las decisiones operacionales que afectan a la empresa, o delegan tales decisiones, pero mantienen la responsabilidad por el bienestar de la empresa. (En este contexto, la «empresa» incluye a las operaciones de una sola persona).

Luego esta definición de empleo independiente, va a ser **común** para la definición del concepto de **empleador** y la de **trabajador por su propia cuenta**, pues para el primero (empleador), define que es: “el trabajador que realizando un empleo independiente (ya sea por su propia cuenta o con otros - socios) contraten a otras personas para que trabajen para ellos”; y para el concepto de **trabajador por su propia cuenta**, afirma que: “son aquellos trabajadores que, trabajando por su cuenta o con uno o más socios, tienen el tipo de empleo definido como «empleo independiente» y no han contratado a ningún «asalariado».” Vista esta diferenciación, tanto los **empleadores** como los **trabajadores**

por su propia cuenta ejercen la actividad definida como **empleo independiente**, conceptos que son entendidos de forma muy diferente por el común colombiano.

A más de ello, trae esta resolución una clasificación interesante denominada como **trabajadores que no se pueden clasificar según la situación en el empleo**, grupo en el que incluye a “los trabajadores sobre los que no se dispone de suficiente información pertinente, y/o que no pueden ser incluidos en ninguna de las categorías anteriores”, clasificación dentro de la que encajan quienes ejercen **trabajos informales**.

Por otra parte, la resolución relacionada, presenta a los **contratistas** como una subcategoría o división que son los trabajadores que:

a) Se hallan inscritos ante las autoridades fiscales (y/o ante otros organismos competentes) en calidad de unidad económica autónoma sujeta a imposición, y/o de modo tal que la empresa empleadora no es responsable del pago de la cotización pertinente de la seguridad social y/o la relación contractual no está regida por la legislación general del trabajo aplicable, por ejemplo, a los «asalariados regulares»; pero que b) tienen contratos de «empleo asalariado» implícitos o explícitos. Estos trabajadores pueden clasificarse en «empleos independientes» o en «empleos asalariados» de acuerdo con las circunstancias nacionales.

Ahora, mediante la legislación laboral sustantiva colombiana, contenida en los artículos 22 a 36, se concluye que contrario a lo definido como trabajador dependiente, se ubican los **independientes**, que son aquellas personas no vinculadas a una empresa mediante contrato de trabajo, sino mediante un contrato de servicios y que son remunerados bajo la figura de honorarios o comisiones. Pues como se vio arriba, de la Resolución de la OIT, los **trabajadores por su propia cuenta** y los **contratistas** son especies que pertenecen al género de los trabajadores independientes, encontrando que, los trabajadores por su propia cuenta, ejercen empleos independientes que no han contratado a ningún asalariado, mientras que, por el contrario, el **contratista independiente**, conforme al contenido del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.) serán:

Verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Derivándose como uno de los requisitos esenciales para determinar la calidad de **contratista**, el hecho determinante por el cual, debe ejecutar sus labores con sus propios medios, sin utilizar los de la empresa contratante. Quiere decir esto que, si el contratista hace uso de medios de producción, herramientas, o recursos del contratante, no se podrá considerar como un empleador, sino que se tendrá como simple intermediario, según como lo establece el artículo 35 del C.S.T.

Finalmente, se encuentra el grueso de la población colombiana ocupada, conocidos como **trabajadores informales** o **trabajadores que no se pueden clasificar según la situación en el empleo**, definidos por la Resolución de la OIT como “los trabajadores sobre los que no se dispone de suficiente información pertinente, y/o que no pueden ser incluidos en

ninguna de las categorías anteriores”, quienes en comparación con los trabajadores formales o dependientes, los independientes y contratistas, no cuentan con un contrato, ya sea de trabajo, ni de prestación de servicios; razón por la cual no pueden ser incluidos en ninguna de las categorías anteriores (trabajador dependiente, independiente y contratista), pues aunque realizan actividades económicas, lo hacen de manera informal sin contrato de ninguna clase y desprovistos de cualquier clase de aseguramiento, pues el sistema no se encuentra preparado para brindarle ningún tipo de protección, aun cuando dichas actividades sean vulnerables del acaecimiento de contingencias que le puedan generar la muerte o invalidez. Preocupando así, el volumen estadístico del DANE en torno a los trabajadores informales, incluyéndolos como el 50.2% de la población ocupada para 2007, teniendo su pico más alto de 52% en el 2009, descendiendo para el 2012 en 50.6%, para finalmente llegar a la última medición del presente año, a representar el 49.5% de la población ocupada del trimestre de marzo a mayo de 2013.

1.1 Diferencia entre contrato laboral y el de prestación de servicios.

Se ha decantado por la doctrina que todo contrato es, un acuerdo por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y para la existencia del mismo se requiere capacidad de las partes en contratar, consentimiento, causa lícita y objeto lícito. Dentro de este grupo de negocios jurídicos, se ubica el contrato laboral, que para su existencia requiere además de los elementos anteriormente citados, la concurrencia de los elementos consagrados por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, como la actividad personal del trabajador, continua subordinación y dependencia del trabajador respecto a su empleador y la remuneración o salario.

Tal como se vio, tanto los trabajadores dependientes o vinculados, así como los trabajadores independientes y contratistas, los rige un contrato. Para los primeros, o trabajadores dependientes, dicho contrato será del orden laboral, el cual para su validez no requiere forma especial alguna, es decir, que sea escrito o verbal, pues expresamente así lo ha permitido el artículo 37 del C.S.T. Mientras para los segundos, o trabajadores independientes y contratistas, los regirá un contrato de prestación de servicios, para el que no existe normatividad alguna que exija formalidad especial para su validez, por lo cual se entiende que, al no existir esta limitación, estos contratos de prestación de servicios pueden ser verbales o escritos. Pero el contrato de prestación de servicios, sea escrito o verbal, se distingue del laboral en la carencia del elemento de la subordinación, en la posibilidad de determinación de las circunstancias en las cuales se cumplirá con la labor o servicio contratado, en que los medios de trabajo son de propiedad del contratista y en el hecho de no requerirse la prestación personal del servicio. Todas estas circunstancias se vuelven visibles probatoriamente, sea que el contrato se establezca por escrito o verbal, pues en el momento de definir la clase de contrato que rigió la relación de las partes, estas características se vuelven definitorias.

1.2 Características del contrato de prestación de servicios objeto de afiliación obligatoria al sistema de riesgos laborales.

Conforme el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012 y los artículos 1° y 2° del Decreto reglamentario 723 de 2012, se tiene que, para que los trabajadores independientes sean afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en riesgos laborales, dicho **contrato debe ser formal**, entendiéndose por formal **“aquel que conste por escrito”**(Decreto 723

de 2013 - Artículo 2° Parágrafo 2), contrario a lo exigido para los trabajadores dependientes a los cuales se les permite que su contrato sea verbal o escrito, a los independientes que pretendan afiliarse a riesgos laborales, se exige la formalidad de la escritura, desplazando de esta forma a los conocidos contratos verbales.

A más de la formalidad de la escrituralidad, en estos contratos de prestación de servicios (de naturaleza civil, comercial o administrativa), se debe indicar en el formulario de afiliación a la ARL “*como mínimo, el valor de los honorarios, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y la clase de riesgo* (artículo 7 del Decreto 723 de 2013). Luego, como requisitos de existencia de estos contratos que **originan la obligación de afiliación a riesgos laborales**, se encuentra a más de la **escrituralidad, la determinación de la duración del contrato** o los extremos del vínculo contractual, **la forma como se ejecutarán las actividades** (obligaciones de las partes) y el **lugar en el cual se cumplirán aquellas**, o se realizará la actividad objeto del contrato; elementos sin los se entiende inexistente el contrato de prestación de servicios con obligación de vinculación a los riesgos laborales, por la negativa que las ARL presentan frente a los que carecen de dichos requerimientos.

2. Evolución normativa del sistema de riesgos profesionales de los trabajadores independientes previo a la ley 1562 de 2012.

La primera normatividad que tocó de forma incipiente el concepto de afiliación y cotización en riesgos profesionales de los trabajadores independientes fue el **Decreto 1295 de 1994** que en su artículo 13 estableció que los independientes podían hacer la afiliación a riesgos profesionales de manera **voluntaria**, y nada dijo sobre cómo se realizaría la cotización en esos casos de afiliación voluntaria. A pesar que en el artículo 3 del Decreto en cita señalaba que “*el sistema general de riesgos profesionales se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, a los trabajadores, contratistas, subcontratistas de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y del sector privado en general*”, se quedó solo en inclusiones que no se materializaron para los trabajadores independientes.

No con mucha posterioridad, fue expedido el **Decreto 1772 de 1994**, que tenía por fin “*reglamentar la afiliación y cotizaciones al sistema general de riesgos profesionales*”, pero en su artículo 2° correspondiente a la afiliación, solo relaciona a los afiliados obligatorios o trabajadores dependientes, y nada se dijo de los independientes.

Luego, se observa la expedición del **Acuerdo 005 de 2001 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**, “*por el cual se recomiendan los fundamentos técnicos y jurídicos para afiliar a los trabajadores independientes al sistema general de riesgos profesionales*”. Resaltándose los siguientes aspectos: siendo potestativo del trabajador independiente, afiliarse al Sistema General de Riesgos Laborales - SGRL, una vez manifestado el deseo de afiliarse, por escrito dentro del contrato, al contratante le surgía la obligación de afiliar y asumir de la cotización el 25%, así como descontar de los honorarios al independiente el otro 75%, teniendo en cuenta que el Índice Base de Cotización - IBC es el 40% del valor de los honorarios y en caso de mora en el pago de las cotizaciones, responsabiliza al contratante por las prestaciones (económicas y asistenciales). Es así como, lejos de promover la afiliación del trabajador independiente, este Acuerdo generó un efecto contrario, ya que si el trabajador independiente manifestaba el deseo de afiliarse a riesgos

laborales y asegurar las contingencias surgidas por la prestación del servicio, le trasladaba la obligación de parte del pago de la cotización al contratante, quien muy seguramente no asumía gustoso esa carga del 25% y la responsabilidad de las consecuencias de la mora en el pago de la cotización.

Posteriormente, tras la expedición del **Decreto 2800 de 2003** (*por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto ley 1295 de 1994*), se mantiene como voluntaria la afiliación del trabajador independiente al afirmar que es quien debe manifestar en el contrato o sus prórrogas la intención de afiliarse al SGRL y que si desea afiliarse el monto de la cotización debe ser asumido totalmente por aquel, aclarando para ello que, deberá estar afiliado también al sistema de salud y pensiones, permitiéndose el pacto del pago compartido (entre contratante y contratista) al momento de suscribir el contrato. Por esta norma se aclara que es el contratante quien deberá descontar y pagar el valor de la cotización. Elevó la base de cotización de los trabajadores independientes a dos SMLMV sin que supere los 25 SMLMV, manteniendo el IBC en el 40% del valor neto de los honorarios o de la remuneración. En síntesis, este Decreto aunque responsabiliza al contratante del pago de la cotización, es el contratista quien deberá asumir el costo total de la misma, manteniéndose del Acuerdo 005 de 2001 las sanciones moratorias y el pago prestacional (económicas y asistenciales) en el contratante que habiendo realizado el descuento no realice el pago.

Ya con la expedición del **Decreto 3615 de 2005**, “*por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al sistema de Seguridad Social Integral*”, se tuvo como objetivo el definir los requisitos y procedimientos para que los trabajadores independientes se afilien al Sistema General de Seguridad Social Integral - SGSSI a través de agremiaciones y asociaciones. De manera relevante se observa que esta normatividad potencializó la afiliación colectiva de los independientes al sistema de seguridad social integral en pensión y salud, manteniendo como **voluntaria** la afiliación a riesgos laborales siempre que se estuviera afiliado a salud y pensión. Estableció que para la afiliación a riesgos laborales se requería escrito anexo con los parámetros de días, horarios, tareas y espacio a los cuales se **limita el cubrimiento del riesgo profesional**. En síntesis, aunque esta norma facilitó la afiliación en salud, pensión y riesgos de los trabajadores independientes, se observa que al limitar las horas y espacio de labor (en el documento anexo de en la afiliación), se contraviene el espíritu normativo que buscaba implantar el artículo 11 del **Acuerdo 5 de 2001** expedido por el Ministerio de Protección Social, ya que en aquel se había fijado que, siempre que un accidente o enfermedad sobrevengan por **causa** y con **ocasión** del cumplimiento, desarrollo y ejecución de un contrato **diferente al laboral**, como el de carácter civil, comercial o administrativo, se entendería que su origen era **profesional**. Traslado entonces la carga probatoria al trabajador independiente, que sufra un accidente por fuera de las horas y espacio establecido en el documento anexo de la afiliación.

3. Cambios normativos con la ley 1562 de 2012 y el decreto 723 de 2013.

Finalmente, en el recorrido normativo se llega a la **Ley 1562 de 2012**, que establece como acierto, el haberse fijado un grupo claro de **afiliados obligatorios**, recogiendo de esta forma a todos quienes están en obligación de cotizar al SGSSRL, entre los que convenientemente se incluyó a los “*los trabajadores independientes que laboren en*

actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo” por la gran probabilidad que tienen este grupo de sufrir contingencias al prestar su servicio exponiendo su vida y su salud; encontrándose así acorde que dicha obligación deba ser asumida por quien se lucra de dicho riesgo, es decir el contratante, ya que la misma normatividad establece “El pago de esta afiliación será por cuenta del contratante”.

Como punto álgidamente discutido de la nueva normatividad, se encuentra la vinculación de forma obligatoria de quienes cuenten con contratos de prestación de servicios superiores a un mes, estableciendo que serán vinculados obligatorios al SGSSRL las personas:

*vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a **un mes** y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación (Artículo 13 literal A numeral).*

Y seguidamente permite la posibilidad de afiliación a los trabajadores independientes que de forma **voluntaria** lo quieran realizar al decir en el literal b) del artículo 13 que:

*“b) En forma voluntaria: **Los trabajadores independientes** y los **informales**, diferentes de los establecidos en el literal a) del presente artículo, **podrán** cotizar al Sistema de Riesgos Laborales siempre y cuando coticen también al régimen contributivo en salud y de conformidad con la **reglamentación que para tal efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo** en la que se establecerá el valor de la cotización según el tipo de riesgo laboral al que está expuesta esta población”*(negrillas fuera de texto)

Concluyéndose así que, esta normatividad que buscaba aumentar el número de cotizantes al SGSSRL estableció para ello la obligación de cotizar al sistema de riesgos laborales para los trabajadores independientes que cuentan con **contratos formales** superiores de un mes y los que se dedican a actividades de alto riesgo, pero infortunadamente al abrir la puerta de afiliación a los trabajadores independientes y a los informales que de forma **voluntaria** quieran hacer la afiliación, no reglamentó la forma en la cual esto se realizaría, **omitiendo los límites en los cuales podrá empezarse a realizar estas afiliaciones**, observándose que en la realidad, quien opta voluntariamente por asegurar su riesgo profesional y carezca de un contrato formal, es rechazado en su afiliación por las ARL, pues según el sentir de las administradoras de riesgos laborales, se dificulta realizar la afiliación de los trabajadores independientes que de forma voluntaria quisieran hacerla, por cuanto, al no estar vigilados en su actividad (en torno a si es o no en desarrollo de un contrato), se desconoce el riesgo que se encuentra asegurando y por tanto dichas Administradoras generan su negativa de afiliación.

Esta situación que impide universalizar la protección de la Seguridad Social en Riesgos Laborales, generando que un alto número de trabajadores independientes e informales estén imposibilitados de realizar su afiliación al SGSSRL de forma voluntaria, podría zanjarse materializando lo normado en el artículo 11 del Acuerdo 5° del 2001 emitido por el Ministerio del Trabajo, por el cual se define que:

Artículo 11 Origen del accidente o de la enfermedad profesional. Para efectos del presente acuerdo, siempre que un accidente o una enfermedad sobrevengan por causa o con ocasión del cumplimiento, desarrollo o ejecución de un contrato diferente al laboral, tales como de carácter civil, comercial o administrativo, se entiende que su origen es profesional (negrita y subrayado fuera de texto).

Luego bajo este entendido, debiera bastar para la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes y los informales al sistema de riesgos profesionales, que se adjunte una relación de actividades desarrolladas dentro del ejercicio de sus contratos, acorde con la actividad económica registrada en el Registro Único Tributario - RUT, así como el señalamiento de los lugares de frecuente ejecución de dicha actividad, limitantes que podrían generar un mayor volumen de afiliados independientes con afiliación voluntaria y por tanto ampliación de la base de cotizantes.

Con el fin de materializar la universalización en la cobertura de los Riesgos Laborales de la totalidad de Trabajadores independientes e incluso de informales, se podrá apoyar el sistema, en las herramientas legales creadas en el artículo 32 de la Ley 1562 de 2012, es decir en la Comisión Especial de Inspectores de trabajo para la prevención y promoción de los riesgos laborales y el Sistema Nacional de Inspectores de Trabajo, los que podrán realizar las visitas en los lugares en los que se desarrollará la labor, pues de esta forma la ley lo informa:

*Se creará de igual forma el Sistema Nacional de Inspecciones de Trabajo, bajo la dirección y control del Ministerio de Trabajo, o quien haga sus veces, el cual estará conformado por las inspecciones de trabajo, los inspectores de trabajo, los coordinadores de Inspección, Vigilancia y Control, personal de apoyo interdisciplinario y contará con la concurrencia de todas las dependencias de las diferentes entidades estatales **que dentro de sus funciones realicen visitas de inspección in situ a las diferentes empresas ubicadas en el territorio nacional. El personal asignado por el respectivo Director Territorial o por el Director(a) de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial del nivel central, para realizar las visitas in situ diferentes a los inspectores del trabajo, al realizar una visita, deberán procurar observar el entorno laboral, el clima de trabajo y las condiciones laborales de los trabajadores.**(negritas fuera de texto).*

Aun cuando, se reitera que la Comisión Especial de Inspectores de trabajo para la prevención y promoción de los riesgos laborales y el Sistema Nacional de Inspectores de Trabajo, son una herramienta legal para la consecución del fin de la universalización en la afiliación de los trabajadores independientes e incluso de los informales, se echa de menos que el Decreto 723 de 2013 desarrollara la forma en la cual se ampliará este importante instrumento, encontrándose un vacío para el cumplimiento de los cometidos fijados por la ley.

También, atina la norma, en unificar los límites en el monto de las cotizaciones, tanto para los vinculados por contrato de trabajo, los vinculados como servidores públicos y quienes cuenten con contrato de prestación de servicios, pues en el decreto 2800 de 2003 se dio un trato discriminatorio al exigirle a estos cotizar partiendo de la base de dos salarios mínimos. Finalizando este articulado con una distinción en relación a quien le corresponde la responsabilidad de afiliar y a quien de cotizar en el caso de los independientes, así:

Ley 1562 de 2012. Artículo 6.: El monto de las cotizaciones para el caso de los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo o como servidores públicos no podrá ser inferior al 0.348%, ni superior al 8.7%, del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los trabajadores y su pago estará a cargo del respectivo empleador” y que “el mismo porcentaje del monto de las cotizaciones se aplicará para las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios personales, sin embargo, su afiliación estará a cargo del contratante y el pago a cargo del contratista, exceptuándose lo estipulado en literal a) numeral 5 del artículo primero de esta ley.

Dicho de esta forma, la normativa citada, pone en igualdad de condiciones a todos los trabajadores (dependientes e independientes y servidores públicos) en torno al monto de la cotización y deja claro que aun cuando los independientes gozan de la misma base de cotización que el resto de trabajadores siendo responsables del pago de estas, es el contratante el obligado en afiliarse. Puede concluirse que, aunque el responsable en el pago de la cotización sea el contratista independiente, en el evento de omisión de afiliación por parte del contratante será éste último el llamado a responder de las contingencias y prestaciones que puedan generarse por la enfermedad, invalidez o muerte durante o con ocasión al contrato que sufre el contratista independiente.

En relación a las consecuencias de la mora, el Parágrafo 2° del artículo 7° de la Ley 1562 de 2012 estipula de manera tajante la obligación que tienen las ARL de adelantar las acciones de cobro, tanto al empleador como al contratista así:

Sin perjuicio, de la responsabilidad del empleador de asumir los riesgos laborales de sus trabajadores en caso de mora en el pago de las primas o cotizaciones obligatorias y de la que atañe al propio contratista, corresponde a todas las entidades administradoras de riesgos laborales adelantar las acciones de cobro, previa constitución de la empresa, empleador o contratista en mora y el requerimiento escrito donde se consagre el valor adeudado y el número de trabajadores afectados.

La estipulación de la responsabilidad en relación a la mora por parte de las ARL es de amplia importancia al presentarse la contingencia y encontrarse en estado de mora, en la medida que de forma análoga con esta preceptiva, se está dando aplicación al precedente jurisprudencial del allanamiento a la mora, por el cual, cuando empleadores o trabajadores independientes pagan de forma extemporánea los aportes al Sistema de Seguridad Social, las empresas prestadoras o encargadas de asumir la contingencia no pueden negarse, a no ser que hayan actuado para solicitar el pago oportuno de las cotizaciones o hayan rechazado los pagos efectuados por fuera del término establecido.

Finalmente por el Decreto **Reglamentario 723 de 2013**, se tiene que lejos de aportar en la regulación de la afiliación y cotización de los trabajadores independientes y de los informales que carecieran de un contrato formal, omitió cualquier desarrollo y de esta forma no cumplió con el mandato de la Ley 1562 de 2012 que delegaba en aquel este impulso legislativo necesario, limitándose a regular lo correspondiente a los trabajadores independientes con contrato formal únicamente.

A pesar de esta omisión normativa por parte del Decreto 723 de 2013 se destaca aspectos importantes como el hecho de que, aun cuando es obligación del contratante la afiliación, se permita en el independiente la “libre escogencia de su Administradora de Riesgos Laborales, debiendo afiliarse a una sola”; el hecho que ante la posibilidad de varios contratos sea el contratista quien debe comunicarle al contratante para que realice la novedad en la afiliación al nuevo contrato; la obligación del pago en forma anticipada de la cotización al SGSSRL tanto por el contratante (en el caso de los trabajadores independientes de actividades de alto riesgo IV y V) así como también los trabajadores independientes-contratistas de las actividades de riesgo I, I y III y finalmente, se resalta la importancia de establecer expresamente que el IBC para calcular las cotizaciones no será inferior a un SMLV ni superior a 25 SMLMV, reduciendo la base indicada por el Decreto 2800 de 2003 y teniendo en cuenta la sentencia de Consejo de Estado 15399 de 2006 por la cual se declaró la nulidad del inciso segundo del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, que ordenaba que la base de cotización no podía ser inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3.1 Aplicación de los principios de la seguridad social en las actuales normas de riesgos laborales para los trabajadores independientes.

Como lo señaló la Corte Constitucional dentro de la sentencia hito C- 406 de 1992:

Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

De conformidad con esta definición, se han ido abriendo paso diferentes principios en la seguridad social como: supremacía constitucional, dignidad humana, progresividad, orden público, condición más beneficiosa, igualdad, *pro homine*, sostenibilidad financiera, reajuste periódico de las pensiones, solidaridad, universalidad, integridad, eficacia, unidad, participación, subsidiaridad, garantía de la seguridad social, irrenunciabilidad y continuidad, principios, que finalmente deben irradiar todos los cuerpos normativos y las decisiones judiciales que se tomen.

Analizando a la luz de estos principios las actuales normatividades en materia de riesgos laborales de los trabajadores independientes, se encuentra que en poco o nada se aplicaron los principios de igualdad, progresividad y universalidad para este grupo que, como se vio, no ha sido objeto de una reglamentación verdaderamente protectora en materia de riesgos profesionales.

De esta forma, frente al hecho que, se pueda mantener una “vigilancia” por parte de la ARL dentro de un contrato de prestación de servicios, en torno a los riesgos asegurados, no hace improcedente la aplicación del **principio de la igualdad** frente a los otros trabajadores independientes que **no cuenten con un contrato formal de prestación de servicios**, pues, tal como se dijo en definiciones anteriores, para que exista válidamente un contrato de prestación de servicios, no es necesario ninguna formalidad, característica que vino a ser variada por el Decreto 723 de 2013, al exigir formalismos en dicho contrato (circunstancias de tiempo, modo y lugar), haciéndose de esta forma, materialmente inexistente para las ARL, cualquier otro contrato de prestación de servicios presentado un trabajador

independiente e incluso por el trabajador informal, que no cuente con dichos postulados, aún cuando nunca fueron requisitos de existencia.

Se entiende, entonces, que principios como el **progresividad y el de universalidad**, que pretenden que el legislador en sus desarrollos normativos avance en la realización y materialización de los derechos económicos, sociales y culturales, y que, se pueda generar la protección gradual de cada vez más sujetos, no se potenciaron en su aplicación, pues hechos como el haber vuelto obligatoria la cotización en riesgos laborales para los independientes con contrato superior a un mes, no incentiva la materialización de los derechos protegidos por las normas de seguridad social, ya que, lejos de ser **inclusivo** de los trabajadores independientes e incluso a los informales (grueso de la población ocupada colombiana), generó una limitante en muchos de éstos, que aun teniendo la solvencia para generar un aseguramiento del riesgo en sus actividades o sus servicios prestados, deben quedarse sin aquel cubrimiento, por no contar con el contrato que específicamente señale las circunstancias de tiempo, modo y lugar etc., caso frecuente, en quienes desempeñan profesiones liberales como los abogados, odontólogos, asesores comerciales entre otros, que carecen de un contrato formal, como el exigido por las ARL para efectos de vinculación, pero que cuentan con vínculos y contratos de diferentes tipos, que les genera la solvencia para asegurar el riesgo al que se someten en su labor.

Vistos los principios del sistema de seguridad social que nos rigen, es fácil concluir que los cuerpos normativos que se expidan, deben estar irradiados por estos y propender a su desarrollo y aplicación, por lo que, cambios normativos como el insertado por la Ley 1562 de 2012 y su Decreto Reglamentario 723 de 2013 en relación a riesgos laborales de los trabajadores independientes, ninguna inclusión se incentivó para aquellos que voluntariamente quisieran asegurar el riesgo profesional en una ARL y que no cuentan con contratos formales de prestación de servicios, pues aun cuando la Ley 1562 de 2012 delegó al Ministerio de Salud y Protección Social la tarea de expedir dicha reglamentación (artículo 13 literal b), este requerimiento no fue desarrollado por el Decreto 723 de 2013 que circunscribió el objeto y el campo de aplicación (artículos 1º y 2º del Decreto 723 de 2013), de su reglamentación únicamente a quienes contaren con un contrato formal de prestación de servicios, así:

Artículo 2. Campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todas las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios, con entidades o instituciones públicas o privadas con una duración superior a un (1) mes y a los contratantes, conforme a lo previsto en el numeral 1 del literal a) del artículo 2 de la Ley 1562 de 2012 y a los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio del Trabajo como de alto riesgo, tal y como lo prevé el numeral 5 del literal a) del artículo 2 de la Ley 1562 de 2012. Parágrafo 1. Para efectos del presente decreto, todas las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con una duración superior a un (1) mes, se entenderán como contratistas.

3.2 Agravante de la desprotección del trabajador independiente por cuenta de la carencia de responsabilidad objetiva.

Como es sabido, la responsabilidad objetiva constituye uno de los fundamentos del sistema de Riesgos Laborales, en el cual se parte de la concepción de que existe un riesgo creado por el empleador, por lo que presentado el accidente, patología, o muerte dentro de la

actividad laboral, es el empleador quien debe reparar los perjuicios en lo que se denomina teoría del riesgo.

Pero la labor realizada por los trabajadores independientes, rompe drásticamente con el esquema anterior de responsabilidad objetiva en cabeza del empleador, así como de la reparación de perjuicios que encierra la teoría del riesgo, toda vez que en dicha persona (trabajadores independiente/contratista/e incluso informales), confluyen las dos calidades: la de trabajador y la de patrono o empleador; asumiendo de esta manera, por su cuenta y riesgo, las eventualidades y contingencias, que se pudieren presentar, tales como, enfermedades profesionales, muerte e invalidez en el trabajo, y es justo acá, frente a dicho incremento en responsabilidad para el trabajador independiente, que se hace necesario un robustecimiento del sistema de riesgos laborales, que le asegure el cubrimiento de dichas contingencias, pero frente a dicha problemática la reciente normatividad de riesgos profesionales, tampoco generó ningún adelanto.

Frente a esta desprotección del trabajador independiente, que como se vio por diversas circunstancias no puede alcanzar al aseguramiento ofrecido por las ARL, la jurisprudencia ha optado, más por encontrar los elementos del contrato laboral para demostrar un vínculo que reivindique derechos a dichos trabajadores, que ha sugerir lineamientos para posteriores cuerpos normativos que aminoren dicha desprotección. Es así como al consultarse las diferentes sentencias de las altas Cortes en procesos propuestos por trabajadores independientes, se encuentra el repetitivo ejercicio reflexivo en torno a determinar, la existencia o no de los elementos de un contrato laboral, y de esta forma, una vez verificados éstos, es el empleador (que siempre se creyó ser un contratante), quien es condenado a responder por las contingencias del trabajador independiente, dejando incólume a las ARL, quienes en muchas ocasiones son más robustas económicamente para hacer frente a las prestaciones económicas que surgieren de una condena.

4. Aporte Jurisprudencial en materia de riesgos laborales de los trabajadores independientes.

En relación a la afiliación, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-177 y T- 382 de 1998, T- 848 de 1999 y T 351 de 2006) se ha referido reiteradamente a la que surge dentro de las relaciones laborales, manteniendo invariable la posición por la cual la omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Riesgos Laborales afecta gravemente los derechos a la salud y la seguridad social de aquellos. Y es nulo el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el tema de la obligación del contratante en realizar la afiliación del contratista, asignada recientemente por el artículo 6° de la ley 1562 de 2012 que expresamente señala “...sin embargo, su afiliación estará a cargo del contratante y el pago a cargo del contratista”.

Las consecuencia de la no afiliación al sistema de riesgos laborales que expresa este Cuerpo Colegiado en estas sentencias, habrá de analizarse bajo el entendido por el cual se tiene que **la seguridad social es un derecho irrenunciable**, pues sobre la afiliación ha referido que: “La protección constitucional en materia de riesgos profesionales se garantiza asegurando el derecho irrenunciable a la seguridad social (T-875 de 2004)”. De lo anterior es posible concluir también que, la protección superior operará en igual sentido para trabajadores vinculados laboralmente como para independientes y contratistas, por ser la seguridad social un derecho irrenunciable y por tanto la obligación del empleador en afiliar a su

trabajador será de la misma entidad, que la obligación del contratante en afiliar al contratista, pues en ese mismo sentido se entiende el espíritu de la actual norma y por tanto, la omisión de afiliación generará las mismas consecuencias del empleador incumplido, en el contratista que omitiera este mismo deber legal.

Otro aspecto jurisprudencialmente desarrollado, ha sido en torno a las responsabilidades que son asumidas por el Sistema General de Riesgos Laborales, de las que se ha dicho que son de “carácter eminentemente objetivo” afirmando que para se definan dichas responsabilidades “*basta al beneficiario de las prestaciones que de ella se desprenden, acreditar el vínculo laboral y la realización del riesgo con ocasión o como consecuencia del trabajo*”. Esta afirmación de la Corte Suprema (Sentencia 22656 de junio 30 de 2005), es determinante para poder concluir que a los trabajadores independientes a los que se les está negando su afiliación por carecer de un contrato superior a un mes con las formalidades indicadas atrás, pueda ser sujeto de protección por el Sistema de Riesgos Laborales, pues en el momento que a dicho afiliado le sobrevenga la enfermedad o accidente realizando las labores para las cual fue contratado, deberá ser quien tenga la responsabilidad de acreditar que ese riesgo fue con ocasión o causa del trabajo, luego bajo el entendido de la responsabilidad objetiva del sistema de Riesgos Labores, las administradoras no tendrán como argumento para negar la afiliación de estos trabajadores independientes, el hecho que el trabajador no tenga vigilados los riesgos y de esta forma sea indefinible si aquellos fueron de origen común o se crearon con causa u ocasión del trabajo, ya que es el beneficiario de las prestaciones quien debe acreditar aquello, esto, claro está, luego de que se materialice la normatividad que regule a estos independientes ya que como bien se afirmó arriba el Decreto 723 de 2013 no tuvo por objeto la reglamentación de la afiliación de estos, dedicándose a en su objeto a establecer las reglas de la afiliación, cobertura y pago de aportes en el Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculas a través de un contrato formal de prestación de servicios.

Analizada la sentencia del Consejo Estado con Radicación número73001-23-31-000-2000-03228-01 del seis de marzo de dos mil ocho 2008 (interno 2302-05), por la cual se condena al Municipio del Líbano, Tolima, a reconocer a favor del actor una pensión de invalidez por considerar que era ese ente territorial el que tenía que responder por esta prestación al no haberlo vinculado a través de una “*relación legal y reglamentaria que le permitiera acceder al Sistema General de Seguridad Social*”; se puede observar, la entidad e importancia que tiene una buena reglamentación de Riesgos Laborales de los trabajadores independientes, pues se analiza que el hecho de que el actor no contara con las semanas necesarias para el reconocimiento de la prestación, era consecuencia de haberse pactado su vinculación mediante contrato de prestación de servicios, que no exigía encontrarse afiliado al Sistema de Seguridad Social. De lo que podrá concluirse como acierto, el hecho que, con la normativa actual, Ley 1562 de 2012 y el Decreto 723 de 2013 se reafirme la importancia de aseguramiento al sistema de Seguridad Social en Riesgos laborales, por la protección que esto genera en quienes desarrollan un contrato de prestación de servicios, y por tanto ha de considerarse que aun, cuando no se ha cumplido a cabalidad con el principio de la universalización, se tendrá que reconocer como avance que el hecho de **ordenar como obligatorio** el aseguramiento de los trabajadores independientes con contratos formales superiores a un mes, ha generado el aumento de un millón de afiliados al sistema de Riesgos laborales en lo corrido del primer semestre del 2013, teniendo el mayor

número de afiliaciones en los sectores de más alta accidentalidad como el de la construcción y el minero, tal como lo reportó la Ministra del Trabajo Andrea Torres Matiz (2013), quien frente a dichas cifras trazo como meta *“tener en el Sistema de Riesgos Laborales la misma cifra de trabajadores independientes que hoy están afiliados al Sistema de Salud, es decir, 1.511.000”*.

Pero a pesar de dichas cifras siguen existiendo aspectos no regulados que generan desprotección en un volumen cada vez mayor del grupo de trabajadores independientes, contratistas e incluso de los informales, que no cuenten con contratos formales de este tipo, a quienes acaecida la contingencia, la única vía de protección es la demostración de los elementos del contrato laboral para que por medio de dicha declaración accedan a todos las condenas como prestaciones e indemnizaciones, con la consecuencia que en muchos casos el condenado (contratante), en ocasiones no cuente con la suficiente solvencia para soportar dichas cargas y de esta forma sea nugatorio estos derechos y a su turno se desestime la creación de empresas.

En torno a esto, es una constante que en la mayoría de sentencias anteriores a la actual normatividad (ya que a partir de la reciente no se ha generado desarrollo jurisprudencial), en las cuales se desarrollan conflictos en los que incluyen trabajadores independientes, se intente lograr la protección del Sistema de Seguridad Social por la vía de la declaratoria de la existencia de un contrato laboral y de elementos probatorios que determinen la solidaridad del dueño de la obra así como la primacía de la realidad sobre las formas, al carecerse de aseguramiento en materia de riesgos laborales, que permitan responder efectivamente al trabajador por las prestaciones que surgieren con causa u ocasión del trabajo, circunstancia entendible en la medida que, el trabajo, (tenga la calidad que tenga), gozara de especial protección del Estado y perseguirá el equilibrio entre las partes.

En síntesis, observadas las sentencias de la Corte Constitucional, de la Suprema y del Consejo de Estado, en relación al Sistema de Riesgo Laborales, es poco o nulo el aporte que se ha realizado en torno a la afiliación y cotización de los trabajadores independientes y por tanto la remisión que a los casos resueltos de trabajadores con contrato laboral ha de realizarse en lo que pueda semejarse, tal como acá se ha intentado, pues como ya quedó sentado, existe unas diferencias sustanciales en cuanto al contrato laboral y el de prestación de servicios que no permitirán hacer una aplicación extensiva de estas sentencias de forma absoluta en cada uno de los aspectos, por lo que es grande el espacio que legal y jurisprudencialmente debe ser llenado para ver materializados los principios de la eficacia, universalidad y solidaridad en materia de riesgos laborales de los trabajadores independientes.

Conclusiones.

- Los trabajadores informales (carentes de cualquier tipo de contrato) que integran el grueso de la población ocupada en casi el 50%, aunque realizan actividades económicas, lo hacen desprovistos de cualquier clase de aseguramiento, pues el sistema normativo actual (Ley 1562 de 2012 y Decreto 723 de 2013), no se encuentra preparado para brindarles ningún tipo de protección, pues dicho decreto reglamentario, lejos de aportar en la regulación de la afiliación y cotización de los trabajadores independientes y de los informales que carecieran de un contrato formal, omitió cualquier desarrollo y de esta forma no cumplió con el mandato de la Ley 1562 de 2012 que delegaba en aquel este

impulso legislativo necesario, limitándose así a regular lo correspondiente a los trabajadores independientes con contrato formal únicamente, aun cuando todos: los trabajadores independientes con contratos formales, los contratistas, y los que carezcan de aquel, son sujetos de protección de la Seguridad Social.

- Aunque la normatividad del contrato de prestación de servicios, que rige el vínculo en los trabajadores independientes y contratistas, no exige formalidad especial para su validez, permitiéndose de esta forma su libertad entre lo verbal y escritural, la normatividad actual de Riesgos Laborales de los trabajadores independientes, establece que los únicos contratos que originan la obligación de afiliación a riesgos laborales, deberán contar con la formalidad del escrito, junto con la determinación de la duración del contrato o los extremos del vínculo contractual, la forma como se ejecutarán las actividades (obligaciones de las partes) y el lugar en el cual se cumplirán aquellas.

- La actual normatividad infortunadamente al abrir la puerta de afiliación a los trabajadores independientes y a los informales que de forma **voluntaria** quieran hacer la afiliación, no reglamentó la forma en la cual se realizaría, **omitiendo los límites en los cuales podrá empezarse a realizar estas afiliaciones**, y observándose que ante dicha omisión se nieguen repetidamente las afiliaciones voluntarias que carezcan de las formalidades arriba citadas, bajo el argumento de desconocerse el riesgo que se iría a asegurar.

- Debiera bastar para la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes y los informales al sistema de riesgos profesionales, que se adjunte una relación de actividades desarrolladas dentro del ejercicio de sus contratos, acorde con la actividad económica registrada en el Registro Único Tributario - RUT, así como el señalamiento de los lugares de frecuente ejecución de dicha actividad, limitantes que podrían generar un mayor volumen de afiliados independientes con afiliación voluntaria y por tanto ampliación de la base de cotizantes, como era el espíritu normativo del artículo 11 del Acuerdo 5° del 2001 emitido por el Ministerio del Trabajo, norma actualmente derogada.

- Con el fin de materializar la universalización en la cobertura de los Riesgos Laborales de la totalidad de Trabajadores independientes e incluso de informales, podrá implantarse herramientas legales como las creadas en el artículo 32 de la Ley 1562 de 2012, es decir las “visitas en situ” para las cuales se creó a la Comisión Especial de Inspectores de trabajo para la prevención y promoción de los riesgos laborales y el Sistema Nacional de Inspectores de Trabajo, quienes se encuentran autorizados en realizar las visitas en los lugares en los que se desarrollará la labor, todo esto una vez se obtenga el desarrollo reglamentariamente omitido por el Decreto 723 de 2013.

- Atina la normativa actual de Riesgos laborales, en unificar los límites en el monto de las cotizaciones, tanto para los vinculados por contrato de trabajo, los vinculados como servidores públicos y quienes cuenten con contrato de prestación de servicios, por que preserva de esta forma el principio de la igualdad entre iguales, así mismo acierta la normativa en el hecho de aclarar que aunque el responsable en el pago de la cotización sea el contratista independiente, en el evento de omisión de afiliación por parte del contratante será éste último el llamado a responder de las contingencias y prestaciones que puedan

generarse por la enfermedad, invalidez o muerte durante o con ocasión al contrato que sufre el contratista independiente.

- Analizadas las actuales normatividades en materia de Riesgos Laborales, a la luz de los principios de la Seguridad Social como el de la igualdad, progresividad y universalidad, se encuentra que en poco se dio su aplicación para los trabajadores independientes e informales, los cuales históricamente han sido objeto de exclusión de cualquier clase de política protectora en materia de riesgos profesionales ya que, lejos de ser **incluyente** de los trabajadores independientes e incluso a los informales (grueso de la población ocupada colombiana), generó una limitante en muchos de éstos, que aun teniendo la solvencia para generar un aseguramiento del riesgo en sus actividades o sus servicios prestados, deben quedarse sin aquel cubrimiento, por carecer del contrato formal que afirma la normativa debe ser presentado para la afiliación de este grupo.

- La labor realizada por los trabajadores independientes, rompe drásticamente con el esquema de responsabilidad objetiva en cabeza del empleador, así como de la reparación de perjuicios que encierra la teoría del riesgo, toda vez que en dicha persona (trabajadores independiente/contratista/e incluso informales), confluyen las dos calidades: la de trabajador y la de patrono o empleador; asumiendo de esta manera, por su cuenta y riesgo, las eventualidades y contingencias, que se pudieren presentar, tales como, enfermedades profesionales, muerte e invalidez en el trabajo, y es justo acá, frente a dicho incremento en responsabilidad para el trabajador independiente, que se hace necesario un robustecimiento del sistema de riesgos laborales, que le asegure el cubrimiento de dichas contingencias, pero frente a dicha problemática la reciente normatividad de riesgos profesionales, tampoco generó ningún adelanto.

- En torno a las consecuencia de la no afiliación al sistema de riesgos laborales, la protección superior que plantea como irrenunciable el derecho a la Seguridad Social, operará en igual sentido para trabajadores vinculados laboralmente como para independientes y contratistas, y por tanto la obligación del empleador en afiliar a su trabajador será de la misma entidad, que la obligación del contratante en afiliar al contratista, pues en ese mismo sentido se entiende el espíritu de la actual norma y por tanto, la omisión de afiliación generará las mismas consecuencias del empleador incumplido, en el contratista que omitiera este mismo deber legal.

- Deberá realizarse una aplicación analógica a los trabajadores independientes, de los planteamientos jurisprudenciales por los que se conoce que, las responsabilidades que son asumidas por el Sistema General de Riesgos Laborales, son de “carácter eminentemente objetivo” y que *“basta al beneficiario de las prestaciones que de ella se desprenden, acreditar el vínculo laboral y la realización del riesgo con ocasión o como consecuencia del trabajo”* para que operen aquellas; pues para este grupo de trabajadores (carentes de un contrato superior a un mes con las formalidades indicadas atrás), que les sobrevenga la enfermedad o accidentes realizando las labores para las cual fue contratado, tendrán igualmente que acreditar que ese riesgo fue con ocasión o causa del trabajo, y de esta manera se elimina el argumento que actualmente impide la afiliación de estos, claro está, luego que se logre la materialización de la normatividad que regule a estos independientes, ya que como bien se afirmó arriba el Decreto 723 de 2013 no tuvo por objeto la reglamentación de la afiliación de estos, dedicándose únicamente a establecer las reglas de

la afiliación, cobertura y pago de aportes en el Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculas a través de un contrato formal de prestación de servicios.

- La entidad e importancia que tiene una buena reglamentación de Riesgos Laborales de los trabajadores independientes, evita que el contratante corra con las consecuencias indemnizatorias prestacionales por pactar mediante contrato de prestación de servicios, como ocurría cuando el Sistema de Riesgos laborales de los independientes era completamente voluntario, reconociendo como avance que, el hecho de **ordenar como obligatorio** el aseguramiento de los trabajadores independientes con contratos formales superiores a un mes, ha generado el aumento de un millón de afiliados al sistema de Riesgos laborales en lo corrido del primer semestre del 2013, en los sectores de más alta accidentalidad como el de la construcción y el minero.

- En síntesis, observadas las sentencias de la Corte Constitucional, de la Suprema y del Consejo de Estado, en relación al Sistema de Riesgo Laborales, es poco o nulo el aporte que se ha realizado en torno a la afiliación y cotización de los trabajadores independientes y por tanto la remisión que a los casos resueltos de trabajadores con contrato laboral ha de realizarse en lo que pueda semejarse, tal como acá se ha intentado, pues como ya quedó sentado, existe unas diferencias sustanciales en cuanto al contrato laboral y el de prestación de servicios que no permitirán hacer una aplicación extensiva de estas sentencias de forma absoluta en cada uno de los aspectos, por lo que es grande el espacio que legal y jurisprudencialmente debe ser llenado para ver materializados los principios de la eficacia, universalidad y solidaridad en materia de riesgos laborales de los trabajadores independientes.

BIBLIOGRAFÍA.

ARENAS MONSALVE, GERARDO. (2012). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis.

AYALA CÁCERES, CARLOS LUIS. (2004). *Legislación en salud ocupacional y riesgos profesionales*. Bogotá: Salud Laboral.

AYALA CÁCERES, CARLOS LUIS (2012). *Conferencia impacto de la Nueva ley de Riesgos Laborales. Ley 1562 de 2012*. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=1dUsmVOKhJY>

Boletines del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, Colombia, Recuperado de http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/re_ech_informalidad_mar_may2013.pdf

CORTEZ GONZÁLEZ, JUAN CARLOS. (2013). *Régimen de Riesgos Laborales en Colombia. Análisis comparativo del articulado de la reforma*. Bogotá, D.C.: Legis.

Consejo de Estado, Sentencia No. Interno 30193 (2008)

Consejo de Estado, Sentencia No. Interno 15399 (2006)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C- 406 (1992)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-177 (1998)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-382 (1998)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-848 (1999)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-875 (2004)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-858 (2006)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-351(2006)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-018 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia 22656 (2005)

DUQUE MOSQUERA, CESAR AUGUSTO. (2013). *Independientes-afiliación a riesgos laborales*. Recuperado de http://consultaslaborales.com.co/index.php?option=com_content&view=article&id=357:riesgos-laborales&catid=1:laboral&Itemid=86

Finanzas personales.com.co. (2013). *Como afiliarse a riesgos profesionales como independiente*. Recuperado de <http://www.finanzaspersonales.com.co/guias-basicas/articulo/como-afiliarse-riesgos-profesionales-como-independiente/43082>

FRANCO IDARRAGA, HERNANDO. (1998). El moderno concepto de riesgos profesionales. *En: Colegio de Abogados del Trabajo: El derecho del trabajo y la seguridad social: Realidad y proyecciones*. Bogotá: Legis.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, JAVIER LEONARDO. (2006). *Estado actual del sistema General de Riesgos Profesionales en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Ministerio de la Protección Social. *Sistema general de riesgos profesionales: Legislación, 2008*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Ministerio de la Protección Social y Consejo Superior de la Judicatura. *Novedades en el Sistema General de Riesgos Profesionales, memorias convenio interadministrativo 0427 de 2007*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Trabajo y Protección Social, Decreto 1295, 22 de junio (1994).

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Ministerio de Salud, Decreto 1772, 3 de agosto (1994).

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Acuerdo 005 (2001).

Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Protección Social, Decreto 2800, 02 de octubre (2003).

Ministerio de la Protección Social, Decreto 3615, 10 de octubre (2005).

Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio del Trabajo, Decreto 723, 15 de abril (2013).

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social & Procuraduría General de la Nación. *El arte de los riesgos profesionales: Una perspectiva crítica*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Ministerio de la Protección Social. *Sistema General de Riesgos Profesionales 2008*. Bogotá, D.C.: Imprenta Nacional.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social & Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo. *Enfermedades profesionales: Protocolos para su diagnóstico*. Bogotá, D.C.: Imprenta Nacional.

PUYANA BELTRAN, CARLOS AUGUSTO. (2012). *La Tutela en salud y riesgos laborales*. Bogotá D.C: Leyer.

PUYANA SILVA, ALFREDO. (2008). *El sistema general de riesgos profesionales en Colombia*. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.

RENGIFO O, JESÚS MARÍA. (1989). *La seguridad social en Colombia: Legislación colombiana de los seguros sociales*. Bogotá: Temis.

República de Colombia. Ministerio de la Protección Social (2009). *Población ocupada en Colombia 2007-2009*. Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/images/stories/mercadodetrabajo/total%20nacional/16EVOLUCIONDELAPOBLACIONOCUPADA2007-2009TOTALNACIONAL.pdf>

República de Colombia. (2013). *Gobierno en línea. Afiliación al sistema general de riesgos laborales de los trabajadores independientes*. Recuperado de

<https://www.gobiernoenlinea.gov.co/web/guest/home//governmentsservices/12715/maximized>

República de Colombia. Ministerio del Trabajo. (2013). *Ni un solo trabajador por fuera del sistema de protección social*. Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/riesgos-laborales.html>

Resolución 15 de 1993 de la OIT. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087564.pdf