

January 2017

El contrato de aprendizaje: consecuencias de no considerarlo una modalidad especial de contrato laboral

Germán Rodrigo Lizarazo Arias

Universidad del Rosario, Bogotá, rodrigolizarazo@yahoo.com

Follow this and additional works at: <https://ciencia.lasalle.edu.co/eq>

Citación recomendada

Lizarazo Arias, G. R. (2017). El contrato de aprendizaje: consecuencias de no considerarlo una modalidad especial de contrato laboral. *Equidad y Desarrollo*, (29), 105-124. <https://doi.org/10.19052/ed.4170>

This Artículo de Investigación is brought to you for free and open access by the Revistas científicas at Ciencia Unisalle. It has been accepted for inclusion in *Equidad y Desarrollo* by an authorized editor of Ciencia Unisalle. For more information, please contact ciencia@lasalle.edu.co.

El contrato de aprendizaje: consecuencias de no considerarlo una modalidad especial de contrato laboral*

Germán Rodrigo Lizarazo Arias**

Resumen

Este artículo estudia las consecuencias más importantes y las potenciales problemáticas que llevan a no asumir el *contrato de aprendizaje* como una modalidad de contratación laboral. Primero se exploran las causas por las cuales no se considera un contrato laboral. Luego se analizan algunas de las implicaciones y problemáticas que esta categorización tiene y que cubren asuntos como la ausencia de supervisión de inspectores de trabajo, de cobertura del sistema de seguridad social, de fueros de protección de maternidad, del concepto de salario, de vacaciones remuneradas, de la figura de subordinación, de protección ante el acoso laboral y de derecho de sindicalización. Finalmente, se hace un análisis crítico del problema abordado para formular conclusiones y recomendaciones tendientes a plantear la inclusión del contrato de aprendizaje como una categoría especial de contrato laboral con protecciones que permitan amparar a las personas sujetas a este tipo de modalidad contractual.

Palabras clave

Contrato de aprendizaje, contrato laboral, derechos laborales

Clasificación JEL

K3, K31, J83

Cómo citar este artículo: Lizarazo Arias, G. R. (2017). El contrato de aprendizaje: consecuencias de no considerarlo una modalidad especial de contrato laboral. *Equidad & Desarrollo*, (29, suplemento), 105-124. doi: <http://dx.doi.org/10.19052/ed.4170>

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2017 • Fecha de aceptación: 22 de julio de 2017

* Artículo de revisión elaborado en el marco de las investigaciones de la línea de Seguridad Social del Grupo Reforma Laboral y Mundo del Trabajo de la Universidad La Gran Colombia.

** Abogado, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social y magister en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario. LLM International Legal Studies, American University, Washington, Estados Unidos. Profesor de cátedra de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: rodrigoлизarazo@yahoo.com

Learning Contract: Consequences of not Considering it as a Special Form of Employment Contract

Abstract

This article studies the most significant consequences and the potential problems of not considering the *Learning Contract* as a form of recruitment. First, we explore the reasons why it is not considered to be an employment contract. Then, we analyze some of the implications and issues of this categorization, covering issues such as the lack of supervision of labor inspectors, coverage of the social security system, maternity protection forums, the concept of salary, paid vacations, the figure of subordination, protection against work harassment and unionization. Finally, we conduct a critical analysis of the problem addressed so as to formulate conclusions and recommendations aimed at considering the inclusion of the learning contract as a special category of the employment contract with protections for the people subjected to this type of contractual modality.

Keywords

Learning contract, employment contract, labor rights

O contrato de aprendizagem: consequências de não considerá-lo uma modalidade especial de contrato de trabalho

Resumo

Este artigo estuda as consequências mais importantes e as potenciais problemáticas que levam a não assumir o *contrato de aprendizagem* como uma modalidade de contratação de trabalho. Primeiro exploram-se as causas pelas quais não se considera um contrato de trabalho. Logo analisam-se algumas das implicações e problemáticas que esta categorização tem e que cobrem assuntos como a ausência de supervisão de inspetores de trabalho, de cobertura do sistema de seguridade social, de ligas de proteção de maternidade, do conceito de salário, de férias remuneradas, da figura de subordinação, de proteção perante o assédio no trabalho e de direito de sindicalização. Finalmente, faz-se uma análise crítica do problema abordado para formular conclusões e recomendações com tendência à inclusão do contrato de aprendizagem como uma categoria especial de contrato de trabalho com proteções que permitam amparar as pessoas sujeitas a este tipo de modalidade contratual.

Palavras chave

contrato de aprendizagem, contrato de trabalho, direitos trabalhistas

Introducción

El presente artículo tiene por objeto estudiar de forma general algunas de las consecuencias que tiene el no considerar el *contrato de aprendizaje* una modalidad de contrato laboral. Debido a que en Colombia se ha asumido como una figura distinta a la del contrato laboral —a pesar de que a través de este se llegan a realizar labores análogas a las propias de una relación de trabajo—, esta modalidad se excluyó del control y autorización de los inspectores de trabajo en el caso de adolescentes de 15 a 18 años de edad, de protecciones mínimas legales, entre otras implicaciones, que hacen que se presenten desafíos como la falta de control, la invisibilización de las personas sujetas a estas relaciones de contrato de aprendizaje e incluso a falta de supervisión. Esto puede llevar a riesgos para esta población, la cual es más vulnerable a los abusos potenciales que se puedan derivar de la aplicación de esta figura contractual.

Por lo anterior, en este artículo se exploran, en primer lugar, las causas por las cuales no se considera el contrato de aprendizaje un contrato laboral. Luego de ello se analizan algunas de las implicaciones y problemáticas que esta categorización tiene y que cubren asuntos como la ausencia de autorización previa de inspectores de trabajo, la falta de cobertura del sistema de seguridad social, la inexistencia de fueros de protección de maternidad, la inexistencia del concepto de salario, la ausencia de vacaciones remuneradas, la ausencia de la figura de subordinación y de protección ante acoso laboral y la imposibilidad de ejercer el derecho de asociación sindical. Posteriormente, se examina de forma global la problemática antes anotada, para luego formular conclusiones y recomendaciones que, se pretende, coadyuvarán a superar las situaciones enunciadas.

Este artículo de reflexión se enmarca dentro de la investigación que el autor realizó sobre el tema de trabajo en niñas, niños y adolescentes en el grupo de investigación Reforma Laboral y Mundo del Trabajo, de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. También se debe a su labor como docente de cátedra de Derecho en la Universidad del Rosario, y se justifica por las problemáticas que se derivan de esta modalidad de vinculación para las personas sujetas a este tipo de contrato.

Contrato de aprendizaje en Colombia: no es un contrato laboral

108 En este acápite se estudian las razones por las cuales no se considera el contrato de aprendizaje un contrato de trabajo, y se analiza también si es permitido vincular a menores de 18 años en esta modalidad contractual. En primer lugar, es importante recordar algunas definiciones conceptuales que definen la estructura legal de la figura del contrato de aprendizaje en Colombia. El investigador Juan Carlos Segura construye una definición de contrato de aprendizaje inspirada en el autor, de cuyos estudios se ha basado la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para definir dicha relación:

Con el término “contrato de aprendizaje” se denota a un conjunto de programas de formación y entrenamiento que combinan educación vocacional con aprendizajes basados en el lugar de trabajo, en alguna competencia ocupacional intermedia (i. e., más allá de los trabajos rutinizados), y que está sujeto a estándares de formación impuestos externamente, en particular al componente que tiene lugar en las empresas. (Segura, 2016, p. 352)

De igual forma, el Ministerio del Trabajo define la relación de aprendizaje como “una estrategia que, de ser articulada en un diálogo social con participación pública-privada, contribuye a la superación de la trampa trabajo-inexperiencia que obstaculiza la transición de los jóvenes de la formación al trabajo” (Ministerio del Trabajo, s. f.). En consecuencia, el propósito del contrato de aprendizaje es formar y entrenar, con el fin de generar en los aprendices competencias laborales. En este contexto se estructuró la definición legal de contrato de aprendizaje en Colombia. La Ley 789 de 2002 lo define en su artículo 30 como:

[...] una forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado

no superior a dos (2) años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario.

Puesto que la definición legal ubica al contrato de aprendizaje como una “forma especial dentro del derecho laboral” (Ley 789 de 2002, art. 30), se ha aceptado excluirlo como una modalidad del contrato de trabajo, tal como lo ha concebido el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), entidad adscrita al Ministerio del Trabajo: “De conformidad con las normas transcritas tenemos entonces que el contrato de aprendizaje no es un contrato laboral, razón por la cual este no se rige por las normas del Código Sustantivo del Trabajo sino por las disposiciones contenidas en la Ley 789 de 2002 y sus Decretos Reglamentarios” (2014a).

Por esta exclusión las labores realizadas en virtud de dicho contrato no son consideradas trabajo; tienen un régimen especial en cuanto a derechos del trabajador y deberes del empleador. Esto debido a que se tiene el propósito, como la norma legal lo indica, de formar teórica y profesionalmente a las personas que están vinculadas a través del contrato de aprendizaje, modalidad de contratación que no excluye a los menores de 18 años que realicen este tipo de labores.

De esta manera, entonces, se desarrolla en Colombia la exclusión del contrato de aprendizaje de las modalidades de contrato laboral, lo que genera importantes consecuencias jurídicas, ya que se suprimen las protecciones propias de las relaciones laborales, lo cual crea una categoría de contratación con menores umbrales de protección a quien ejecuta el contrato. El impacto de esta categorización es importante, si se tiene en cuenta también el número de personas vinculadas a esta forma contractual. Por ejemplo, de los egresados del Sena entre 2010 y 2015, 118.457 hombres y 161.277 mujeres estuvieron vinculados a través de contratación de aprendizaje, para un total de 279.734 personas (Sena, 2016, p. 32).

"La exclusión del contrato de aprendizaje de las modalidades de contrato laboral genera importantes consecuencias jurídicas, ya que se suprimen las protecciones propias de las relaciones laborales, lo cual crea una categoría de contratación con menores umbrales de protección a quien ejecuta el contrato".

Por otra parte, es de resaltar que la posibilidad de admisión de adolescentes, menores de 18 años, está presente en el ordenamiento legal colombiano. El artículo 3 del Decreto 933 de 2003 determina la edad mínima para acceder al contrato de aprendizaje de la siguiente manera:

Edad mínima para el contrato de aprendizaje. El contrato de aprendizaje podrá ser celebrado por personas mayores de 14 años que hayan completado sus estudios primarios o demuestren poseer conocimientos equivalentes a ellos, es decir saber leer y escribir, sin que exista otro límite de edad diferente del mencionado, como lo señala el artículo 2° de la Ley 188 de 1959.

Por otro lado, la Sentencia C-215 de 2007 modificó el alcance de la edad mínima para poder ser sujeto de contrato de aprendizaje, y la dejó en 15 años:

En efecto, por disposición de la mencionada ley (art. 35), la edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años. Y, como por disposición de la misma (art. 35 inc. 2°), los adolescentes autorizados para trabajar tienen derecho a la formación y especialización que los habilite para ejercer libremente una ocupación, arte, oficio o profesión y a recibirla durante el ejercicio de su actividad laboral, ha de concluirse que el artículo 35 de la Ley 1098 de 2006 ha derogado cualquier disposición que permita celebrar un contrato de aprendizaje con menores de quince (15) años de edad.

En consecuencia, los adolescentes podrán ejecutar contratos de aprendizaje abstrayendo dicho contrato del umbral de protección otorgado a los contratos laborales ordinarios, lo cual aumenta aún más el impacto de considerar el contrato de aprendizaje como una categoría no laboral, sumado al número de personas que han estado y están vinculadas dentro de esta categoría.

Algunas consecuencias de no considerar un contrato de trabajo el contrato de aprendizaje

En este acápite se abordarán algunas de las consecuencias prácticas más importantes que conllevan no incluir al contrato de aprendizaje dentro de la categoría de contrato laboral. Excluir esta modalidad contractual dentro de las modalidades

de contrato de trabajo trae consecuencias que deben ser exploradas y estudiadas con el fin de poder analizar si es realmente conveniente dicha exclusión. Se debe tener en cuenta la importancia de la especial protección que debe otorgar el Estado a las personas, a las niñas, niños y adolescentes, quienes no están excluidos de esta modalidad de contratación.

No se necesita autorización del inspector de trabajo y el contrato de aprendizaje escapa de su supervisión

En primer lugar, debe destacarse la importancia de la inspección del trabajo. De acuerdo con Molina (2008):

[...] para la OIT, la IT ha sido, desde su misma fundación, un tema de la mayor relevancia. En sus casi noventa años de existencia, la OIT ha aprobado nueve instrumentos sobre la materia, de los cuales seis están en plena vigencia: el Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (núm. 81) —referido a los establecimientos industriales y comerciales—. (p. 68)

Destacada la importancia de la figura, cabe resaltar su finalidad:

La trascendencia otorgada por la OIT a la inspección de trabajo la resume muy bien el Comité de Expertos de la OIT: “una inspección del trabajo eficaz, constituye la garantía más segura de que se cumplen las normas internacionales y nacionales del trabajo no solo *de iure*, sino también *de facto*”. (p. 68)

En esta contextualización previa acerca de la trascendencia que tiene la figura de la inspección del trabajo como ente de vigilancia sobre la normatividad de las relaciones del trabajo, debe entonces estudiarse el tema de la autorización o no del inspector de trabajo sobre los contratos de aprendizaje en adolescentes. Los adolescentes, menores de 18 años, necesitan una autorización previa del inspector del trabajo, prevista en el artículo 113 de la Ley 1098 de 2006:

Corresponde al inspector de trabajo expedir por escrito la autorización para que un adolescente pueda trabajar, a solicitud de los padres, del respectivo representante legal o del defensor de familia. A falta del inspector del trabajo

la autorización será expedida por el comisario de familia y en defecto de este por el alcalde municipal [...].

112 Esta autorización genera un control previo sobre las actividades que realizarán los adolescentes, ya que la autorización, según el mismo artículo 113, conlleva la indicación de datos de identificación del adolescente y empleador; la visita para determinar condiciones de trabajo y seguridad para la salud del adolescente y el certificado de estado de salud. En el caso de los adolescentes indígenas, deberá ser conferida la autorización por las autoridades tradicionales o el inspector del trabajo en el caso de menores no indígenas. La autorización depende de si se dan o no las garantías mínimas de salud, seguridad social y educación del adolescente.

Con base en esto, la autorización es una forma de proteger a los adolescentes menores de edad; le permite al inspector de trabajo ejercer la tutela y salvaguarda de los derechos de estas personas. Esta tutela y salvaguarda también va de la mano con la obligatoriedad de la educación en Colombia, de los 5 a los 15 años de edad, lo cual causa que el contrato de aprendizaje en adolescentes de 15 años sea una excepción de control y escrutinio estrictos del Ministerio del Trabajo a cargo de los inspectores de trabajo (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2016).

Debe recordarse también que dicha protección especial está enmarcada dentro del desarrollo protector de la Convención de los Derechos del Niño, lo cual ubica a los menores en un estado y umbral superior de protección que debe respetarse:

El Interés Superior del Niño es actualmente la máxima expresión jurídica de la protección que los adultos ofrecen a las nuevas generaciones. Protección, que en ocasiones que se concreta en cuidados y protección especial, tanto antes como después del nacimiento (tal y como indicaba la Declaración del '59); o bien en el desarrollo y el respeto de la propia autonomía personal. (García Gutiérrez, 2008)

Sin embargo, en el contrato de aprendizaje, al existir la disposición expresa legal de considerar este contrato no laboral, jurídicamente se ha pensado que no se necesita solicitar autorización del inspector de trabajo para poder ejecutarlo. El Concepto 136.258 de 2009 del Sena refuerza esta teoría. En primer lugar, destaca que la autorización del inspector del trabajo en menores de 18 años versa solamente para contratos de trabajo, lo cual excluye el contrato de aprendizaje:

Naturaleza del Contrato de Aprendizaje que no fue modificada por la Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia, toda vez que la misma dispuso en su artículo 113 la obligación del adolescente de obtener autorización para trabajar, del Inspector del Trabajo y en su defecto, en su orden del Comisario de Familia, o del Alcalde Municipal, y como se ha venido sosteniendo el contrato de aprendizaje no tiene la naturaleza de un contrato laboral. (Sena, 2009)

Además, el Sena considera que no debe mediar la autorización del inspector del trabajo:

Por consiguiente, para la suscripción de contratos de aprendizaje, no se requiere obtener previamente la autorización para trabajar por parte del inspector trabajo, o en su orden del comisario de Familia o del Alcalde Municipal pues el contrato de aprendizaje no es un contrato laboral.

De esta forma se está excluyendo la relación de aprendizaje del sistema de inspección y control previo que ejerce el Ministerio de Trabajo a través de las inspecciones del trabajo. Este punto es trascendental, pues no existe un control directo del órgano de supervisión sobre las labores que ejerce y ejercerán las niñas, niños y adolescentes sujetos a contrato de aprendizaje.

Al generarse esta exclusión, estadísticamente no se contabiliza a estos adolescentes como trabajadores infantiles, lo cual genera invisibilidad frente a aquellos que están realizando labores de aprendizaje y los excluye incluso de las estadísticas sobre labores autorizadas. Esto trae una pérdida en la trazabilidad y el control sobre estos contratos, puesto que limita el poder supervisor del Estado al mismo estándar que se tiene para revisar las labores que realizan los adultos en estos contratos. Para evitar esta invisibilidad y la falta de control, los contratos de aprendizaje sí deberían tener un control por parte del inspector del trabajo. Su ejecución debería tener algún tipo de cobertura de supervisión y debería existir la obligación de una inscripción y registro ante las inspecciones de estos contratos cuando involucren adolescentes.

Fuera de ello, esta exclusión hacia la autorización por parte de los inspectores también genera la abstracción del control por parte de los inspectores del trabajo sobre la ejecución de los contratos de aprendizaje. En esta instancia, se deja al Sena el control sobre dicha regulación, lo cual desprotege al aprendiz y lo somete

a un estado de vulnerabilidad mayor que el que debería soportar un trabajador estándar.

114 De esta forma se genera una doble vulnerabilidad por la exclusión de supervisión del inspector, en primer lugar, hacia los menores de 18 años, debido a la falta de control previo y posterior de ejecución de actividades; en segundo lugar, hacia los adultos, pues al no ser considerada la relación de aprendizaje una relación laboral, se margina esta del control de las inspecciones del trabajo, lo que disminuye la protección jurídica a las personas que están sujetas a esta modalidad de contratación, en perjuicio de sus intereses. Este hecho las pone en desventaja frente a las personas que tienen una relación laboral estándar.

No existe cobertura del sistema de seguridad social

El contrato de aprendizaje no tiene ningún tipo de cobertura en cuanto al sistema pensional. De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 789 de 2002:

Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales por la ARP que cubre la empresa. En materia de salud, durante las fases lectiva y práctica, el aprendiz estará cubierto por el sistema de seguridad social en salud, conforme al régimen de trabajadores independientes y pagado plenamente por la empresa patrocinadora [...].

De esta manera, la Ley excluye la afiliación al Sistema de Seguridad Social, lo que genera una falta de cobertura del sistema y una dilación en el ingreso de las personas al sistema pensional, a pesar de haber desarrollado labores para una empresa. Debe destacarse que el objeto del sistema pensional, según la Ley 100 de 1993, es el de

[...] garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

Entonces los años de ejecución de labores —que pueden ser dos— no cuentan con ningún tipo de cobertura pensional. Por ello los menores de edad en contrato de aprendizaje no podrán tener una inserción en los sistemas pensionales, a pesar de ejecutar labores que son comparables con aquellas que realiza un trabajador, las cuales son remuneradas. Esto también tiene implicaciones en relación con posibles pensiones de invalidez de origen común.

Sin embargo, al menos en la fase lectiva sí debería existir la obligación de cotizar al sistema de pensiones sobre el monto pagado al adolescente vinculado al contrato de aprendizaje. Esto con el fin de permitir la inserción de esta población al sistema pensional desde el momento en el cual empiece a desempeñar labores para las empresas, puesto que el adolescente está realizando unas labores que tienen contraprestación económica y estas deberían servir para poder empezar a construir unos requisitos que le permitan obtener una pensión.

No hay cobertura en cuanto a licencia de maternidad y no existe fuero de maternidad

En primer lugar, para poder abordar el tema de estudio, cabe resaltar el fin de la protección a la maternidad, que:

[...] se podría definir como una institución jurídica compleja formada por reglas, principios y valores, orientados a la supresión de las conductas de discriminación a la mujer en razón de su condición de madre, y a la promoción y salvaguardia de la relación materno filial y de las relaciones familiares en general. (Gómez, 2007, p. 30)

"Los años de ejecución de labores —que pueden ser dos— no cuentan con ningún tipo de cobertura pensional. Por ello los menores de edad en contrato de aprendizaje no podrán tener una inserción en los sistemas pensionales, a pesar de ejecutar labores que son comparables con aquellas que realiza un trabajador [...]. Esto también tiene implicaciones en relación con posibles pensiones de invalidez de origen común".

Son entonces las acciones legales protectoras de la maternidad la salvaguarda que tienen las mujeres, y en consecuencia sus hijos, con el fin de protegerlas de discriminación y vulneración en su condición de madres. Ahora bien, el contrato de aprendizaje, al no ser considerado un contrato de trabajo, no está sujeto a protección laboral reforzada ni a fuero de maternidad; de tal suerte que aquellas personas, incluyendo adolescentes, que estén contratadas con esta modalidad no cuentan con las protecciones legales en virtud de la maternidad.

Así, según un concepto del Sena, el contrato de aprendizaje podría suspenderse de conformidad con las causales expuestas, entre las cuales se encuentra la incapacidad emitida por el médico tratante de la empresa promotora de salud a la cual se encuentre afiliado el aprendiz, así como también al ser concedida la licencia de maternidad, o al presentarse un suceso imprevisto de fuerza mayor o caso fortuito (Sena, 2014b).

En consecuencia, las mujeres que durante el periodo de ejecución del contrato de aprendizaje se encuentren en estado de embarazo y no posean ningún tipo de protección de ingresos en esta etapa representan una problemática que puede llegar a afectar directamente al niño en gestación. La suspensión de ingresos en niñas embarazadas de estratos socioeconómicos de bajos ingresos puede llegar a vulnerar sus condiciones de vida al recibir un ingreso inferior, lo cual llega incluso a desconocer el salario mínimo vital de las aprendices.

Al ampliarse la posibilidad de ejecución del contrato de aprendizaje a adolescentes se está ante una complejidad adicional. El embarazo adolescente es una realidad ineludible que debe enfrentarse y no ignorarse; por lo tanto, las adolescentes en estado de embarazo que tengan unos ingresos derivados de una prestación de servicios personales enmarcada dentro del contrato de aprendizaje deben tener algún tipo de protección especial en cuanto a ingresos.

Adicionalmente, en estos contratos no se genera el fuero de maternidad que protege a la madre de desvinculaciones por su estado de embarazo. La falta de cobertura de los fueros de maternidad y de protección laboral reforzada es otra consecuencia derivada de no considerar el contrato de aprendizaje una modalidad de contrato laboral. Esto genera actualmente una simple suspensión del contrato que interrumpe ingresos y expectativas de ingresos en una etapa crítica para la madre y su bebé. Por tal razón, deberían explorarse alternativas de aseguramiento para poder proteger los ingresos y la estabilidad en sus labores de aprendiz en estado de embarazo, con el fin de salvaguardar a las madres y a sus hijos.

No existe el concepto de salario

En el contrato de aprendizaje no existe el concepto de salario, el cual se reemplaza legalmente por el “apoyo de sostenimiento”. De esta forma se está excluyendo la remuneración que se recibe, en especial en la fase práctica, de cualquier tipo de consecuencia salarial; tampoco existen las prestaciones sociales o las indemnizaciones por despido injusto. En el marco legal, el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 dispone que “el aprendiz recibirá un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario”. En consecuencia, la disposición legal hace que no exista el concepto de salario en esta modalidad contractual. Esto implica también que no haya ningún tipo de prestación social sobre remuneración por horas extras o trabajo suplementario y tampoco protección por cesantías, pues no hay salario. Además, es evidente la ausencia de cualquier tipo de indemnización, ya que no hay una relación de contrato de trabajo, a pesar de que existe una suma mensual que remunera.

117

A los ingresos se les trata como un “apoyo de sostenimiento” que se cancela en menor proporción durante la fase de instrucción teórica, e incrementa en la fase práctica. Sin embargo, no puede desconocerse que dicha retribución no es un regalo o una dádiva al contratado, especialmente durante la fase práctica. Se trata de una retribución dada a alguien que está ejecutando unas funciones, esté o no en entrenamiento, y que le genera un beneficio a la empresa al prestársele un servicio a esta.

Por otra parte, este tratamiento especial hace que, en la fase práctica, solamente cuando la tasa de desempleo nacional sea menos del 10 %, el aprendiz reciba una remuneración equivalente a un salario mínimo legal vigente. Pero si dicha tasa es superior al 10 %, se castiga al aprendiz al reducirse su ingreso a un 75 % del salario mínimo legal mensual (Ley 789 de 2002, art. 30).

Este tratamiento no salarial genera una potencial precariedad en los ingresos que reciben las personas vinculadas a esta forma contractual, ya que, en el marco legal, al no ser considerada esta relación laboral, se habilita automáticamente a la empresa a dar una remuneración inferior a la admisible dentro de los contratos laborales estándar. Sin embargo, al menos durante la fase práctica, en la que la persona contribuye con su labor personal a la empresa y a formar capital en ella, debería existir un tratamiento, si no igual, similar al salarial.

Entonces sería preciso crear un mecanismo especial para la remuneración del aprendiz, mediante el cual se le pueda remunerar si llegase excederse el número de

horas contratadas a través de una figura de trabajo suplementario. También debería haber algún tipo de indemnización si hay incumplimiento contractual por parte de la empresa contratante, con lo cual se crearía una categoría especial de salario para los aprendices y se daría una garantía de remuneración equivalente al salario mínimo legal para todos los casos.

No existe el derecho a vacaciones remuneradas

En el contrato de aprendizaje no existe el derecho a vacaciones remuneradas. El Acuerdo 15 de 2003, en su artículo 5, establece que habrá lugar a la suspensión del contrato de aprendizaje en el caso de “4. Vacaciones por parte del empleador, siempre y cuando el aprendiz se encuentre desarrollando la etapa práctica” (Sena, 2003). Las vacaciones son una prestación que va ineludiblemente ligada al desgaste que conllevan las labores ejercidas a favor de una empresa, por lo cual esta debe darle al trabajador un descanso remunerado.

En el caso del contrato de aprendizaje, la figura de las vacaciones es inexistente; por ello no existe ningún tipo de protección a las personas que ejecutan esta modalidad contractual en cuanto al desgaste que conlleva una labor de prestación personal de servicios. Por eso debe existir al menos una garantía para los aprendices de tener un tiempo de vacaciones proporcional a sus servicios prestados. Esto garantizaría un periodo de descanso justo y equilibraría de alguna forma las disparidades que existen entre la relación laboral y la de aprendizaje, en beneficio del aprendiz y de la misma productividad que este podrá aportar a la empresa al tener unas condiciones dignas y justas de descanso.

No existe subordinación legal y acoso laboral

La norma directamente excluye a estos contratos de la subordinación. En ese orden de ideas, se blinda al contrato de trabajo de la configuración de un contrato realidad, pero también existe el riesgo de que existan abusos en el ejercicio de la posición subordinante, que es innegablemente existente en las relaciones de prestación personal de servicios.

Al no existir la autorización previa del inspector de trabajo y excluirse en la norma la figura de subordinación, existe un vacío de control sobre aquellos abusos

que puedan ocurrir bajo la potestad de subordinación. Esto se suma a que, al no ser considerado un contrato laboral, el de aprendizaje no tendría cobertura por parte de la Ley 1010 de 2006, que protege a los trabajadores de las conductas constitutivas de acoso laboral o *mobbing*. El artículo 1.º de dicha ley establece:

119

Artículo 1º. Objeto de la ley y bienes protegidos por ella. La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

Son bienes jurídicos protegidos por la presente ley: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa.

Al no ser los aprendices personas vinculadas a través de una relación laboral, están excluidos de la esfera de aplicación de la norma que previene el acoso laboral. Esto genera una desprotección para aquellos que están vinculados con esta modalidad contractual, especialmente en el caso de adolescentes menores de edad, lo cual incrementa el umbral de desprotección al que están sometidos en virtud de la exclusión como modalidad laboral del contrato de aprendizaje. Por ello es preciso establecer controles sobre el poder subordinante y acerca de posibles casos de acoso laboral, para implementar una estricta vigilancia de estos contratos por parte de los inspectores de trabajo.

Exclusión de asociación sindical

Otra problemática presente en el contrato de aprendizaje es la exclusión de los aprendices, sin importar su edad, del derecho de asociación sindical. La categorización de dicha modalidad de vinculación, que se abstrae de forma total y absoluta de las categorías de contratación laboral, crea una barrera al derecho de asociación y a la protección de los aprendices, ya que estos no se encuentran dentro del umbral de protección del fuero sindical consagrado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 39: “Los trabajadores y empleadores

tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución”. Dicha norma es concordante con el derecho general de asociación consagrado en el artículo 38 constitucional. Esto representa una profundización de la enorme desprotección a la que están sujetos los aprendices en las empresas, con el riesgo de instrumentalizarse como estrategia corporativa para la evasión de mecanismos afirmativos de protección a los trabajadores.

Análisis de la problemática

En esta sección se hace un análisis general a las reflexiones hechas en los dos primeros acápite del estudio. No se puede desconocer la importancia del contrato de aprendizaje para poder desarrollar estudios teórico-prácticos y poder preparar la futura fuerza laboral del país. Sin embargo, al no considerarse una modalidad de contrato de trabajo, se presentan, como se vio anteriormente, unas problemáticas que dejan en una situación de inferioridad y desprotección a los aprendices.

Según la Corte Constitucional, esta disminución de condiciones laborales en pro del aprendizaje es justificada en las tasas de desempleo nacional. Sin embargo, ¿debe someterse a los aprendices a estándares de desarrollo de labores que pueden llegar a vulnerar sus derechos, como privarlos de la autorización de labores del inspector de trabajo y someterlos a potenciales situaciones de acoso laboral, acciones justificadas por las precariedades de la economía nacional?

¿Debe, entonces, fomentarse una modalidad de vinculación que, si bien tiene propósito de entrenamiento, no ofrece a las personas la posibilidad de una inserción temprana al sistema pensional? ¿Es una herramienta idónea un contrato de aprendizaje que les impide a mujeres en estado de embarazo el acceso a una garantía de ingreso digno durante su gestación y a la protección de fuero de maternidad? ¿Debe una persona realizar labores para una empresa sin derecho a disfrutar de unos periodos vacacionales de descanso remunerado? ¿Debe desprotegerse al aprendiz de posibles conductas de acoso laboral y de ejercicio irregular de la potestad subordinante de los contratantes? ¿Debe privilegiarse el fomento a la formación empresarial frente a los derechos de las personas, incluyendo los derechos de los adolescentes? ¿Debe privarse al aprendiz del derecho de asociación y excluirse de las garantías mínimas de protección laboral que brinda la supervisión de los inspectores del trabajo?

Las anteriores preguntas representan unos problemas críticos que tiene esta modalidad de contratación. No puede desconocerse entonces la bondad para la economía de un esquema de contratos de aprendizaje, pero no puede tampoco invisibilizarse la problemática que este esquema contractual puede suponer para las personas sujetas a él. El principal inconveniente que se puede generar es crear las condiciones perfectas para que se abuse de la figura del contrato de aprendizaje y se utilice a las personas, incluyendo adolescentes, como mano de obra económica y con estándares de protección legal inferiores a los de los trabajadores estándar.

Entonces es necesario, desde la academia, impulsar una discusión sobre estas problemáticas y hacer una transición de paradigma. Es preciso empezar a considerar una mutación en el contrato de aprendizaje. Debe debatirse si se debe definir como una modalidad de contratación laboral, con el fin de dar solución a las problemáticas anteriormente analizadas y poder prevenir los inconvenientes que se pueden dar en torno a esta relación contractual y que amenazan la integridad de las personas sujetas a él.

Esta modalidad especial debe tener unas salvaguardas precisas y claras, empezando por un esquema de supervisión que vigile si los adolescentes están realizando labores adecuadas a su edad y si las condiciones de prestación de los servicios son acordes a ellos y ellas. Esto se suma a un esquema en el cual exista la posibilidad de disminuir de forma progresiva las brechas entre los contratos de aprendizaje y los laborales en beneficio de las personas que los ejecutan.

Por otra parte, el entrenamiento profesional no debería ser un escudo para evadir fueros como los de maternidad. Tampoco se puede desproteger a los aprendices del sistema de indemnizaciones por terminaciones contractuales sin justa causa; aquí es clave también asegurarles unos tiempos de vacaciones, unas condiciones de cotización al Sistema de Seguridad Social, entre otras medidas, que les permitan a las personas iniciar su actividad en el mundo laboral en unas condiciones dignas y justas, sin poner en riesgo sus derechos.

Conclusiones

Al no considerarse una modalidad de contrato de trabajo, el contrato de aprendizaje presenta varios desafíos en materia de trabajo, ya que esta conceptualización causa que los estándares de protección legal a los contratistas bajen, lo cual crea

potenciales problemáticas para aquellas personas vinculadas en esta modalidad contractual.

Una de las más importantes repercusiones de no considerar el contrato de aprendizaje una modalidad laboral es la ausencia de autorización para contratar por parte del inspector de trabajo. Este hecho genera la ausencia de controles previos que permitan asegurar que las labores que realizará el menor, incluso el adulto, son acordes y cumplan estándares mínimos de protección de su integridad personal. Esto se suma al control durante la ejecución del contrato y la salvaguarda que la institución del inspector del trabajo representa para las personas que ejecutan contratos con modalidad laboral.

Los aprendices tampoco tienen una cobertura del sistema pensional, lo que les impide tener una acumulación de cotizaciones desde el inicio de sus actividades productivas. A esto se añade el hecho de que las mujeres están desprotegidas en caso de llegar a estar embarazadas o por dar a luz en vigencia del contrato de aprendizaje, ya que la figura legal aplicable es la suspensión del contrato de trabajo. No existe, pues, ningún tipo de posibilidad de aseguramiento para ellas, lo cual pone en peligro los ingresos de las madres.

Tampoco se protege a las madres de casos de terminación del contrato de aprendizaje por fuero de maternidad, debido a su embarazo. Esto arriesga su educación y los ingresos y expectativas de estos, los cuales están conectados directamente a la existencia del contrato de aprendizaje. No hay perjuicio de las medidas educativas pertinentes para prevenir el embarazo en adolescentes.

No existe el concepto de salario, lo cual expone a abusos al aprendiz en cuanto a no remuneración de labores suplementarias o extras. Tampoco se les protege con indemnizaciones por potenciales incumplimientos del contrato de aprendizaje.

No hay derecho a vacaciones remuneradas o descanso con una remuneración que les permita a los aprendices contar con un descanso cubierto por una remuneración. Tampoco existe subordinación por vía legal, así esta figura esté presente en la realidad, lo cual en sí mismo genera desprotección a los adolescentes aprendices, ya que los expone a conductas de abuso en la potestad subordinante o de acoso laboral.

Es preciso, entonces, construir una conceptualización distinta frente a la naturaleza no laboral del contrato de aprendizaje. Se debe considerar el contrato de aprendizaje una forma especial de contratación laboral. Es necesario aumentar la protección de los aprendices en problemas tan delicados como la seguridad social, la protección a la maternidad, el derecho de asociación, entre otros asuntos analizados aquí.

Recomendaciones

Debe existir un cambio de paradigma en el concepto de contrato de aprendizaje, de tal forma que este se considere como una modalidad especial de contratación laboral. Hay que generar también mecanismos para que los inspectores tengan la potestad de autorizar o no los contratos de aprendizaje, además de sistemas de supervisión estrictos a estos contratos, con el fin de proteger a los menores de edad.

Las cotizaciones al sistema de pensiones deben ser obligatorias durante la fase práctica, con el fin de no privar a los adolescentes de la cobertura del sistema pensional por el cambio de conceptualización aquí sugerido. Es necesario, a su vez, establecer alternativas de protección mediante el aseguramiento en ingresos y en estabilidad a las adolescentes aprendices en estado de embarazo o que dan a luz en vigencia del contrato de aprendizaje. Debe darse un tratamiento especial salarial a la remuneración del aprendiz, por medio de la creación de figuras para remunerar el trabajo eventualmente suplementario. Además, es importante dar las indemnizaciones en casos en los que se termine o interrumpa el contrato de aprendizaje sin justificación por parte del contratante.

También debe restablecerse la figura de la subordinación, con el fin de proteger en casos de exceso del derecho de subordinar o de acoso laboral, que puede presentarse en menores de edad en contratos de aprendizaje, pero que queda visibilizado con la ficción legal de no subordinación. Es necesario hacer un replanteamiento de la figura del contrato de aprendizaje en adolescentes para evitar las problemáticas analizadas en este artículo.

Finalmente, este estudio inicial abre una puerta a nuevas investigaciones, como las siguientes: las relacionadas con otras consecuencias que tiene el no considerar este contrato como una modalidad de contrato laboral; la revisión de si el contrato de aprendizaje en su fase práctica es en realidad un contrato de realidad laboral desconocido por la legislación, y los nuevos esquemas de supervisión por parte del Ministerio de Trabajo para aprendices, entre otros temas.

Referencias

124

- Decreto 933 de 2003 (11 de abril), por medio del cual se reglamenta el Contrato de Aprendizaje y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 45.160.
- García Gutiérrez, J. (2008). ¿Existe una teoría educativa tras la convención de los derechos del niño? *Teoría de la Educación. Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, 9(1), 249-270.
- Gómez, D. M. (2007). Nuevas normas sobre protección a la maternidad. *Dikiaon*, 21(16), 126-133.
- Ley 100 de 1993 (23 de diciembre), por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 41.148.
- Ley 789 de 2002 (27 de diciembre), 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. *Diario Oficial* n.º 45.046.
- Ley 1010 de 2006 (23 de enero), por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. *Diario Oficial* n.º 46.160.
- Ley 1098 de 2006 (8 de noviembre), por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. *Diario Oficial* n.º 46.446.
- Ministerio del Trabajo. (s. f.). *Movilidad y formación para el trabajo*. Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/movilidad-y-formacion-para-el-trabajo/formacion/aprendices/practicas.html>
- Molina, C. (2008). La inspección de trabajo en Colombia. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (6), 65-92.
- Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016). *Educación en Colombia*. Recuperado de http://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-356787_recurso_1.pdf
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: autor.
- Segura, J. (2016). Aportes para la medición del impacto de la política de formación para el trabajo: propuesta para la evaluación del contrato de aprendizaje en Colombia. *Finanzas y Política Económica*, 8(2), 349-378. <https://doi.org/10.14718/revfinanzpolitecon.2016.8.2.7>
- Sentencia C-2017 de 2007 (21 de marzo). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82, parcial, del Código Sustantivo del Trabajo. M. P. Vargas Hernández, C. I. Bogotá: Corte Constitucional.
- Servicio Nacional de Aprendizaje. (2003). Acuerdo 15 de 2003. Bogotá.
- Servicio Nacional de Aprendizaje. (2009). Concepto 136.258 de 2009. Bogotá.
- Servicio Nacional de Aprendizaje. (2014a). Concepto 10.360 de 2014. Bogotá.
- Servicio Nacional de Aprendizaje. (2014b). Concepto 168.783 de 2014. Bogotá.
- Servicio Nacional de Aprendizaje. (2016). *Reporte de datos de formación profesional en Colombia 2016*. Recuperado de http://observatorio.sena.edu.co/Content/pdf/reportes_de_datos_bibb.pdf