

CONCEPTO 39711 DE 2018

(julio 17)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Contrato de aprendizaje con una incapacidad mayor a 180 días.

Apreciado doctora.

Es pertinente recordar lo dispuesto en la Circular No. 00006 de 2013, para que a futuro sea tenida en cuenta para el trámite respectivo, y cuyo acápite pertinente señala:

[...] me permito informar que a partir de la fecha la asesoría y solicitudes de conceptos a la Dirección Jurídica, deberán ser radicados en el aplicativo Onbase y canalizados a través de la Secretaría General, Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales, Subdirectores de Centro y Coordinadores de Grupo.

En consecuencia, de lo anterior consideramos que la solicitud se hace a título personal, sin entrar a definir la conducta asumida por quien la eleva, debido a que por medio de conceptos jurídicos no es viable analizar situaciones particulares ni evaluar actuaciones de los servidores públicos o contratistas del SENA, sin tener en cuenta lo señalado en la citada circular.

Ahora bien, en relación con consulta realizada 13 de julio de 2018, relacionada con Contrato de aprendizaje con una incapacidad mayor a 180 días en la cual señala:

.”(...) el caso del aprendiz, el cual se encuentra haciendo etapa practica con nosotros de Tecnólogo en agua y saneamiento el cual firmamos contrato el día de Octubre de 2017, 11 pero para que el aprendiz se pudiera instalar y venir a vivir cerca de Mosquera llegamos a un acuerdo que empezara hacer sus prácticas desde el 17 de Octubre, el domingo 12 de octubre tiene un accidente fuera de la empresa el aprendiz donde informan que tiene fractura de fémur, desde esta fecha está incapacitado el aprendiz; la empresa le ha pagado al día sus incapacidades pero desde el 15 de mayo la EPS FAMISANAR dice que ya no le va a pagar más incapacidades al aprendiz porque súpero los 180 días de incapacidad el cual ya lleva 8 meses en incapacidad, nosotros como empresa quisiéramos saber si podemos llegar a un mutuo acuerdo para hacer cancelación de contrato, ya que estamos pagando una incapacidad pero no tenemos al aprendiz en la compañía, quizá contamos la cuota moderadora pero no con el chico acá en la empresa, espero nos podamos reunir lo más pronto posible para darle solución a este caso.(..)”

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta que la solicitud busca solucionar un caso particular y concreto, hasta el punto que se pide “como empresa quisiéramos saber si podemos llegar a un mutuo acuerdo para hacer cancelación de contrato”, esta Coordinación se abstiene de pronunciarse sobre el mismo, por cuanto no es de su competencia solucionar y tomar decisiones sobre casos puntuales que deben resolver las partes, así como tampoco tiene competencia ni es su función avalar decisiones de particulares como se plantea en el caso.

Sin embargo, en aras de ilustrar en forma general y abstracta sobre la materia, esta Coordinación con el fin de dar herramientas de análisis a la Administración en su toma de decisiones, presenta los aspectos relevantes de los efectos de una incapacidad frente al contrato de aprendizaje y su manejo.

Es pertinente igualmente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

ANÁLISIS JURÍDICO

A partir de la expedición de la Ley 789 de 2002, que regula el contrato de aprendizaje en sus artículos [30](#) y subsiguientes, el contrato de aprendizaje dejó de ser un contrato de trabajo, pasando a ser un contrato especial dentro del Derecho Laboral. Así lo dispone la Ley:

“Artículo [30](#). Naturaleza y características de la relación de aprendizaje. El contrato de aprendizaje es 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.

(...)”

En la nueva reglamentación que se hace del contrato de aprendizaje, el legislador buscó no dejar desprotegido al aprendiz, y para ello extendió la obligación de afiliación a la seguridad social en salud y riesgos laborales.

Sin embargo, la regulación del contrato de aprendizaje no cubrió todas las eventualidades o contingencias posibles, entre otras razones por la “deslaboralización” del contrato de aprendizaje, siendo algunos aspectos del mismo desarrollados por la jurisprudencia, especialmente la constitucional, derivada de acciones de tutela.

Debe tenerse en cuenta también, de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo 15 de 2003, artículo [5](#), que establece las causales de suspensión del contrato de aprendizaje, que las incapacidades tienen esa virtualidad, es decir, cuando se presentan incapacidades debidamente comprobadas, el contrato de aprendizaje se suspende por el mismo término que dure la incapacidad.

En materia de seguridad social, el mismo artículo [30](#) de la Ley precitada dispone en uno de sus incisos:

“(...)

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 en los términos, condiciones

y beneficios que defina el Gobierno Nacional

(....)”

En consonancia con lo expuesto tenemos que los aprendices están cubiertos por el régimen general de seguridad social en salud y en riesgos laborales, por tanto, el tratamiento de las incapacidades debe manejarse en las mismas condiciones de cualquier trabajador independiente.

Para el caso de una incapacidad de origen común, existen tres (3) pagadores de la prestación económica así:

Los dos primeros días de incapacidad está a cargo del empleador. Anteriormente eran los tres primeros días pero esto fue modificado por el Decreto 2943 de 2013. A partir del día 3 (inclusive) en adelante, hasta los 180 días, lo cubre la EPS respectiva. La consagración normativa es la siguiente:

“Decreto 2943 de 2013. Artículo 1. Modificar el párrafo 1o del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así: Párrafo 1o. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente. // En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral. // Lo anterior tanto en el sector público como en el privado”.

Igualmente se fundamenta está en lo dispuesto en los párrafos 3o y 4o del artículo 5o de la Ley 1562 de 2012, que determinaron:

"Párrafo 3o. El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; (....)
Párrafo 4o. El subsidio económico por concepto favorable de rehabilitación a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones se reconocerá en los términos del artículo [142](#) del Decreto-ley 19 de 2012 o la norma que lo modifique o sustituya”.

Por su parte, el artículo [142](#) del Decreto Ley 19 de 1012 modificó el artículo [41](#) de la Ley 100 de 1993, norma que estableció el término de 180 días para el pago del auxilio económico por incapacidad general o común, cuyo acápite, pertinente es el siguiente:

“(....)

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.

Entonces, corresponde a la EPS el pago del auxilio económico derivado de una incapacidad por

enfermedad o accidente común, por el periodo comprendido entre el día 3 y el día 180, ambos incluidos.

A partir del día 181, el pago de auxilio económico está a cargo de la AFP a la que esté afiliado el destinatario de esta prestación, tal como lo establece la norma citada y transcrita (Artículo [41](#) de la Ley 100 de 1993, modificado)

A partir de la vigencia de la Ley [1753](#) de 2015, las incapacidades que superan los 540 días, y hasta se califique la pérdida de capacidad laboral, corresponde pagarlo a la EPS respectiva, tal como lo dispone en su artículo [67](#), dispuso en el acápite que corresponde:

“Estos recursos se destinarán a: a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

(...)” (resaltado fuera de texto)

Frente a esta normatividad es necesario hacer dos aclaraciones cuando se trata de aprendices.

La primera es que, como los aprendices frente a la seguridad social tienen el tratamiento de trabajadores independientes, la incapacidad debe ser cubierta desde el inicio por parte de la EPS, por cuanto no hay empleador que asuma los dos primeros días.

Lo segundo es que, tratándose del contrato de aprendizaje, no cabe duda que el legislador al expedir la Ley [789](#) de 2002, no tuvo en cuenta esta distribución de cargas en el pago del auxilio económico por incapacidad derivada de enfermedad común, generando un gran vacío, pues dado que los aprendices no están afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, no existe una AFP que cubra el auxilio económico entre el día 181 y el día 540 de incapacidad continua. Al omitir establecer la afiliación al sistema general de pensiones de los aprendices, eliminó a uno de los obligados al pago de la prestación económica derivada de la incapacidad. El aprendiz no cuenta con una Administradora de Fondo de Pensiones que pague el auxilio económico a partir del día 181 de incapacidad.

Mediante concepto de esta Coordinación con radicado CPM No. 8-2017-00534, de fecha 9 de febrero de 2017, nos pronunciamos sobre la suspensión y terminación de los contratos de aprendizaje así:

“Frente a los contratos de aprendizaje regulados por la Ley [789](#) de 2002, en concordancia con los Decretos Reglamentarios No [933](#) y [2585](#) de 2003 y el Acuerdo No [15](#) de 2003, debe tenerse en cuenta que no siendo contratos de trabajo, su régimen legal propio y exclusivo, no siendo posible, en principio, aplicar otras normatividades como sería el caso del Código Sustantivo de Trabajo o el régimen laboral de los servidores públicos.

En este sentido, debemos manejar los contratos de aprendizaje dentro del marco normativo propio de ellos y su interpretación y desarrollo se debe ajustar al mismo.

Cuando un contrato de aprendizaje esté en ejecución y se presente un hecho que impida se siga

desarrollando, pueden presentarse dos situaciones diferentes, que la causa genitora de la interrupción del contrato conlleve la suspensión del mismo o, en segundo lugar, sea una causa eficiente para su terminación, causa que es ajena al vencimiento del termino contractual.

En cuanto a las causales de terminación del contrato de aprendizaje, aparte de la obvia del vencimiento del término contratado, la normatividad exige que las mismas deben estar estipuladas en el contrato de aprendizaje. Así lo establece el artículo [2](#) del Decreto 933 de 2003, que dispone:

“Artículo [2](#)o. Formalidades del contrato de aprendizaje. El contrato de aprendizaje deberá constar por escrito y contener como mínimo la siguiente información: (...) 11. Causales de terminación de la relación de aprendizaje. (...)”

En consecuencia, cuando se quiera terminara el contrato de aprendizaje, debe verificarse que el hecho que se pretenda alegar, esté establecido en el propio contrato como una causal para terminación”.

Frente a la consulta planteada y sin entrar a un estudio del caso en particular, el SENA no tiene competencia para intervenir en el acuerdo contractual entre aprendices y patrocinadores, sin embargo, legalmente cuenta con las facultades de vigilancia y control que le ha reservado la normatividad; además deberá tenerse en cuenta el tema de la estabilidad laboral reforzada para aprendices.

Finalmente, de acuerdo con la definición legal (Ley 789 de 2002, artículo [30](#)) debemos tener en cuenta el carácter consensual del contrato de aprendizaje, por tanto, es de competencia exclusiva del patrocinador la toma de decisiones frente al caso planteado.

Si el patrocinador y la aprendiz, de común acuerdo optan por otras soluciones, debe en cada caso analizarse si las mismas tienen la virtualidad de terminarlo (interpartes), siendo necesario vigilar que esos acuerdos interpretes no violen los principios mínimos que la ley exige para estos contratos, con el fin de ajustar la cuota correspondiente y de determinar en todo caso, que el contrato de aprendizaje no supere el término máximo legal

El presente concepto se rinde de conformidad con lo dispuesto por dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. De igual forma, este concepto deberá interpretarse en forma integral y armónica, con respeto al principio de supremacía constitucional y al imperio de la ley (C. 054 de 2016); así como, en concordancia con la vigencia normativa y jurisprudencial al momento de su uso y emisión.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Sena
ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

