

CONCEPTO 57252 DE 2018

(octubre 2)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa  
ASUNTO: Incapacidad de aprendiz mayor a 180 días

En atención a su comunicación, radicado No. 8-2018-056468, de fecha 27 de septiembre de 2018, en la cual, en atención a concepto trasladado por competencia al SENA, se nos solicita concepto sobre una incapacidad mayor a 180 días del aprendiz; me permito manifestarle:

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente 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.

El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas, contractuales o disciplinarias, y tomar una decisión en esta vía en un caso particular que no le compete, pues implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria. En consecuencia, la temática planteada se abordará en forma general para su análisis jurídico.

#### CONCEPTO JURÍDICO

##### a) ANTECEDENTES

Señala quien consulta:

- De manera atenta me permito solicitar de acuerdo a lo requerido por el Ministerio de Trabajo, se sirva emitir un concepto jurídico en relación al procedimiento para el pago de incapacidades superiores a 180 días de un aprendiz, al igual que las obligaciones que conlleva para las empresas patrocinadoras este tipo de incapacidades.
- Mediante radicado No. 2-2018-042391 del 9 de julio de 2018 se radicó por la Coordinadora del Grupo de Apoyo Mixto de la Regional Distrito Capital del SENA, solicitud de concepto sobre los efectos de la incapacidad mayor a 180 días de un aprendiz.
- Con radicado No. 1-2018-021571 del 20 de septiembre de 2018, el Ministerio del Trabajo traslado el radicado No. 06EE201812000000039381 del 12 de julio de 2018, que corresponde a la petición radicado No. 2-2018-042391 del 9 de julio de 2018 radicada por el SENA.
- Se deja constancia que se conceptúa con la información suministrada en el presente concepto y de manera general en cuanto al asunto.

## b) ANÁLISIS

### 1. CONTRATO DE APRENDIZAJE

El contrato de aprendizaje es una forma especial de vinculación dentro del Derecho Laboral, sin subordinación y por un plazo no mayor a dos (2) años en la que una persona natural recibe formación teórica en una entidad de formación autorizada con el auspicio de una empresa patrocinadora que suministra los medios para que adquiera formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación dentro del manejo administrativo, operativo, comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades del patrocinador con exclusividad en las actividades propias del aprendizaje y el reconocimiento de un apoyo de sostenimiento que garantice el proceso de aprendizaje y el cual, en ningún caso, constituye salario.

Dispone el artículo [30](#) de la Ley 789 de 2002, “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”, lo siguiente:

[...] 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 consecuencia, es claro que el contrato de aprendizaje es un contrato especial dentro del Derecho Laboral y no es un contrato de trabajo. A partir de este cambio de naturaleza, al contrato de aprendizaje ya no se le aplican las normas del Código Sustantivo de Trabajo, y todo su desarrollo y ejecución se sujetan a las normas especiales del mismo que, fundamentalmente son, además de la Ley 789 de 2002, artículo [30](#) y subsiguientes, el Decreto [933](#) de 2003, “por medio del cual se reglamenta el Contrato de Aprendizaje y se dictan otras disposiciones”, el Decreto [2585](#) de 2003, “por el cual se reglamenta el contrato de aprendizaje y se adiciona el Decreto [933](#) de 2003”, el Acuerdo SENA No. [7](#) de 2012, “por el cual se adopta el reglamento del Aprendizaje Sena”, el Decreto [1072](#) de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, en su Capítulo 3.

En la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C-[038](#) de 2004, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica y las características del contrato de aprendizaje, determinando en el fallo:

[...] CONTRATO DE APRENDIZAJE-Distinción de la relación de trabajo ordinario/CONTRATO DE APRENDIZAJE. Exclusión de negociación colectiva/DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA-Restricción. El contrato de aprendizaje tiene objetivos y especificidades que lo distinguen de la relación de trabajo ordinaria, por lo que es razonable que ciertos aspectos del mismo queden excluidos de la negociación colectiva, a fin de asegurar la viabilidad del conjunto del sistema de capacitación de la mano de obra en el país. Y en ese contexto, la Corte considera que la exclusión de dicha negociación del apoyo de sostenimiento mensual de los aprendices es una restricción proporcionada al derecho de negociación colectiva

de los trabajadores, puesto que los aprendices no son en sentido estricto trabajadores y resulta razonable que si la ley obliga a las empresas a vincular a un determinado número de aprendices, al menos establezca salvaguardas para asegurar que esa vinculación no resulte desproporcionadamente onerosa, como es la de limitar la negociación colectiva en este preciso aspecto.

[...] El anterior análisis es suficiente para concluir que no desconoce el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades jurídicas (CP art. 53) que la norma acusada define el contrato de aprendizaje como una forma específica dentro del derecho laboral, que es distinta al contrato de trabajo, y que por ende no se rige exactamente por las mismas reglas que el contrato de trabajo, por la sencilla razón de que en la realidad, las relaciones de aprendizaje tienen especificidades frente a la relación laboral, que justifican un trato distinto. (Subraya fuera de texto)

Además, debe tenerse presente que el contrato de aprendizaje es un acuerdo de voluntades en el que una parte, patrocinador, establece unas condiciones y adquiere unas obligaciones, con una contrapartida para la otra parte, aprendiz. Si bien es cierto que el acuerdo de voluntades responde a un contrato con formalidades legales y con obligaciones preestablecidas, no podemos desconocer que son las partes contratantes quienes determinan las condiciones adicionales que estimen apropiadas, obviamente, sin violar el marco regulatorio del contrato de aprendizaje.

En este sentido, ni en la celebración del contrato ni en su ejecución de las obligaciones interpartes interviene el SENA, entidad que frente al contrato de aprendizaje tiene unas competencias legales y perfectamente delimitadas, tal como es el caso de la Circular No 132 de 2017, que se refiere a las consecuencias del embarazo de la aprendiz frente al contrato, que señala: “[...] 10. 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 evento de la aprendiz embarazada. Dado que los fallos de tutela solo producen efectos entre las partes, es el patrocinador quien decide si acoge o no la jurisprudencia constitucional y, bajo su propia responsabilidad, opta por aplicar en forma exegética el término de duración del contrato o, en sentido contrario, opta por prorrogarlo hasta una duración de dos años máximo en aras de cumplir con la protección a la maternidad o muta el contrato a uno de carácter laboral”.

En concordancia con lo dicho anteriormente, debemos resaltar que el SENA, a través de sus funcionarios, no tiene ninguna competencia para autorizar la celebración, suspensión o terminación de un contrato de aprendizaje. La celebración es, como se dijo, el acuerdo interpartes elevado a los requisitos exigidos por la normatividad y en esta celebración el SENA no tiene ninguna participación, pues incluso, ni siquiera la presentación de los aprendices a los patrocinadores, obliga a éste a contratarlos, y puede solicitar o conseguir otros candidatos.

La Ley 789 de 2002, en su artículo 33, párrafo, establece: “Se prohíbe la celebración de una nueva relación de aprendizaje expirada la duración de una anterior, con la misma o distinta empresa.” Es decir que a partir de dicha norma se prohíbe tener un segundo contrato de aprendizaje.

## 2. INCAPACIDAD

Este Grupo, reiterando lo manifestado en conceptos anteriores, específicamente en el Concepto No. 37911 de la presente anualidad, se permite recordar que con 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, como se expuso con anterioridad.

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 del aprendiz, 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 (2) primeros días de incapacidad están a cargo del empleador.

Anteriormente eran los tres (3) primeros días, esto fue modificado por el Decreto 2943 de 2013. A partir del día 3 (inclusive) en adelante, hasta los 180 días, el cubrimiento está a cargo de 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 encuentra fundamento, en lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, que disponen:

[...] Parágrafo 3. 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; ...

[...] Parágrafo 4. 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.

De otra parte, el artículo [142](#) del Decreto Ley 19 de 1012, que modificó el artículo [41](#) de la Ley 100 de 1993, norma esta 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)

Con 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](#) que señaló 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.

[...] (Subraya 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 y hasta el 540.

En el mismo sentido, señaló el Grupo en el Concepto No. 54589 de 2017, que 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.

Reiteró como en otras oportunidades, que frente a esta normatividad es necesario hacer dos aclaraciones cuando se trata de aprendices, así:

- 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.

- 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.

También con 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 término 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](#) 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.

#### c) CONCLUSIONES

- En conclusión 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. 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.

- En cuanto al tema de incapacidades tenemos:

- Si la incapacidad es de origen laboral, el auxilio económico está a cargo de la ARL, independientemente de cual sea su duración, subsistiendo para el SENA la obligación de pagar el aporte a seguridad social en salud.

- Si la incapacidad es de origen común, el auxilio económico por los primeros 180 días está a cargo de la EPS, a partir del día 181, no hay entidad obligada al pago de ese auxilio y, dado que no existe normatividad que obligue al SENA como patrocinador a cubrir ese auxilio, legalmente no puede hacerlo la entidad so pena de incurrir el ordenador del gasto en un pago de lo no debido con las implicaciones consecuentes por un posible detrimento patrimonial e, incluso, con el riesgo de incurrir en un peculado a favor de terceros.

- Se insiste en que, mientras dure la incapacidad, el contrato de aprendizaje, aunque se encuentre suspendido, mantiene su vigencia.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

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)

