



CIRCULAR

1-0010

No: 3-2017-000132
08/08/2017 11:28:58 a.m.

Bogotá, D.C.

PARA SECRETARIA GENERAL, DIRECTORES DE ÁREA, JEFES DE OFICINA, DIRECTORES REGIONALES, SUBDIRECTORES DE CENTRO DE FORMACIÓN PROFESIONAL, COORDINADORES GRUPO DE APOYO MIXTO

Asunto: Manejo del contrato de aprendizaje cuando se presenta embarazo o parto de la aprendiza durante la vigencia del contrato.

Teniendo en cuenta las múltiples consultas que se reciben sobre los efectos que el embarazo o el parto tienen sobre la ejecución el contrato de aprendizaje, al igual que las disímiles soluciones que se han dado en los casos particulares, con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en varios fallos de tutela, en los que vienen reiterando jurisprudencialmente la extensión del especial amparo de estabilidad laboral reforzada de las trabajadoras embarazadas a las aprendizas con contrato de aprendizaje, consideramos pertinente hacer las siguientes precisiones con el fin de hacer un manejo unificado en el SENA cuando se presenten estas situaciones.

CONSIDERACIONES PREVIAS:

1-. Naturaleza del contrato de aprendizaje. El artículo 30 de la ley 789 de 2002 dice:

"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."

Como puede observarse, la Ley 789 de 2002 cambió la naturaleza del contrato de aprendizaje, el cual, siendo un contrato especial dentro del Derecho Laboral, no es un contrato de trabajo.

Ministerio de Trabajo

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Dirección General /Dirección Jurídica/Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Calle 57 No. 8-69, Bogotá D.C. - PBX (57 1) 5461500

www.sena.edu.co - Línea gratuita nacional: 01 8000 9 10 270 GD-F-011 V02 Pág. #1



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 Aprendiz Sena”. Decreto 1072 de 2015. Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, Capítulo 3

En la sentencia 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:

“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 defina 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.” (Resaltado fuera de texto)

2-. Evolución conceptual sobre los efectos del embarazo y parto en los contratos de aprendizaje.

Inicialmente, tanto el SENA (Circular 532 de 2004. Concepto 08745 del 24 de marzo de 2004, citado por la Corte Constitucional y otros conceptos posteriores) como el Ministerio del Trabajo (conceptos 104537 y 202522, ambos de 2008), partiendo de la nueva naturaleza del contrato de aprendizaje, concluyeron que no era posible aplicar a éste la regulación propia del contrato de trabajo, concordante con el fallo citado en el acápite inmediatamente anterior. Fueron coincidentes los dos en que, por no ser contrato de trabajo y dado que la ley determina que el contrato de aprendizaje debe tener una duración definida, al vencimiento del término pactado, el contrato simplemente se terminaba y el embarazo de la aprendiza no tenía ninguna incidencia sobre el mismo.

Sin embargo, diferentes fallos de tutela han depurado estos aspectos del contrato de aprendizaje, extendiéndole varios conceptos y derechos propios del contrato de trabajo.

Tal es el caso de asimilar, respetando las diferencias consagradas legalmente, la figura del contrato de aprendizaje con el contrato de trabajo, en donde equiparan la obligatoria capacitación personal, especialmente en la parte práctica, con la prestación personal del servicio, la subordinación referida al área de formación con la subordinación laboral y el apoyo de sostenimiento con el salario. Así lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia T-881 de 2012, refiriéndose a la estabilidad laboral reforzada en el caso de un aprendiz que presentó pérdida de capacidad laboral por accidente de trabajo:





"Adicionalmente, aunque la Ley 789 de 2002 modificó la naturaleza jurídica y algunos aspectos específicos de la regulación del contrato de aprendizaje, este tipo de contrato aún es muy similar al contrato de trabajo, por lo menos en su fase práctica, ya que en ambos se presentan elementos comunes, como lo son i) la prestación personal de un servicio, ya que en la fase práctica el aprendiz se desempeña "dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa" ii) la subordinación, que en el contrato de aprendizaje está "referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje", y iii) la remuneración, denominada salario en el contrato de trabajo y apoyo de sostenimiento en el contrato de aprendizaje.

En consecuencia, la forma de regulación del contrato de aprendizaje antes de la vigencia de la Ley 789 de 2002 y las similitudes que aún persisten con el contrato de trabajo, son razones suficientes para sostener que ante la ausencia de una ley sobre la estabilidad reforzada de los aprendices que han perdido un porcentaje de su capacidad laboral, debe aplicarse en forma analógica las leyes que regulan esta situación en los contratos de trabajo."

Siguiendo esta línea jurisprudencial, se han producido varios fallos sobre estabilidad laboral reforzada en los casos de las aprendices embarazadas, siendo la más clara y contundente la sentencia T-174 de 2011, y que merece especial atención por cuanto desvirtúa anteriores directrices dadas tanto por el SENA como por el Ministerio del Trabajo.

En este pronunciamiento, fue enfática la Corte Constitucional al señalar:

"Así las cosas, en razón a los principios de solidaridad, estabilidad laboral reforzada y protección laboral de la mujer en estado de embarazo y del que está por nacer, y conforme a nuestro Estado Social de Derecho, es propio señalar que aunque el contrato de aprendizaje no tiene la naturaleza de un contrato laboral, si se equipara a éste como modalidad especial dentro del derecho ordinario laboral¹ en lo concerniente a la protección del fuero por maternidad, como consecuencia del traslado de algunos de los elementos propios de la legislación laboral permitiendo de esta manera: (i) la ampliación de dicha protección; (ii) la activación del fuero por maternidad previsto en el ordenamiento; (iii) el cumplimiento de la finalidad del Estado social de derecho; y (iv) la materialización del deber tanto del Estado como de los particulares, de proteger los derechos fundamentales. En consecuencia, existe la plena obligación por parte de la empresa patrocinadora de brindar a la aprendiz en estado de embarazo:

(i). Estabilidad reforzada durante el contrato de aprendizaje y el periodo de protección por fuero de maternidad.

(ii). Pago de las cotizaciones correspondientes a salud sin importar en que etapa del contrato de aprendizaje se encuentre.

(iii). Pago del correspondiente apoyo de sostenimiento.

De manera que sin importar que inicialmente se haya pactado como duración del contrato de aprendizaje un periodo de tiempo determinado, la trabajadora vinculada por contrato de aprendizaje que quedase en estado de embarazo durante su desarrollo, gozará de su





especial protección constitucional de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento laboral.”
(Resaltados fuera de texto)

3-. Término del contrato de aprendizaje y estabilidad laboral reforzada.

El contrato de aprendizaje es un contrato a término cuya duración la determinan las partes contratantes de acuerdo con los diferentes programas de formación que vaya a recibir el aprendiz o el momento en el que se celebre el contrato pues este puede hacerse, por ejemplo, para el desarrollo de la etapa práctica.

Sin embargo, la Ley 789, artículo 30, si señala un máximo legal de duración del contrato de aprendizaje, el cual no puede ser superior a dos años en términos generales y de un año para la práctica de estudiantes técnicos o tecnólogos (Decreto 2585 de 2003, artículo 2), siendo determinable por las partes la duración del mismo sin poder sobrepasar el límite temporal legalmente establecido.

Este término perentorio no puede ser modificado por las partes ni por terceros, tanto que la propia Corte Constitucional en sus fallos lo respeta hasta el punto de determinar que la estabilidad laboral reforzada no puede superar este término.

En la Sentencia T – 174 de 2011 determinó:

“TERCERO. ORDENAR a la empresa XXXX que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, renueve el contrato de aprendizaje con la señora XXXX en el cargo que desempeñaba o en otro en condiciones similares o mejores hasta completar desde su vinculación inicial el término de 2 años. Una vez culminado dicho término, la empresa patrocinadora XXXX deberá determinar de acuerdo al desempeño de la señora XXXX si se debe renovar o no su vinculación pero mediante contrato laboral.”
(Resaltado fuera de texto – Se suprime identificaciones del original)

Igualmente en la sentencia T-881 de 2012, otorga la estabilidad laboral reforzada por invalidez por el término máximo de duración del contrato de aprendizaje:

“Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a la sociedad XXXX que reintegre al señor XXXX al cargo que venía desempeñando, siempre y cuando la deficiencia física que padece no le impida realizar las actividades propias de la labor para la cual fue contratado. Si la deficiencia física que padece le impiden realizar las actividades encomendadas, deberá reubicarlo en otro cargo compatible con sus capacidades y, en coordinación con el SENA, ofrecerle la formación ocupacional que el actor requiera.

Esta protección estará vigente hasta que el Ministerio del Trabajo autorice la desvinculación del señor XXXXX, o hasta que se cumpla el plazo máximo de duración de los contratos de aprendizaje de dos (2) años. Para calcular este plazo se tendrá en cuenta que el tiempo de vinculación efectivo del actor fue de cuatro (4) meses y quince (15) días, calculado en la forma señalada en el numeral 6.6 de las consideraciones de la presente sentencia. Por lo tanto, a partir de la fecha en que se reintegre al actor, se empezará a contar el tiempo restante para completar los dos (2) años de duración máxima del contrato, es decir, un (1) año, siete (7) meses y quince (15) días. Si al vencimiento de este plazo existen vacantes en la empresa cuyas funciones puedan ser cumplidas por el señor



XXXX, éste tendrá derecho a ser contratado en forma preferencial." (Resaltado fuera de texto – Se suprimen identificaciones del original)

DIRECTRICES

Teniendo en cuenta lo expuesto, en el manejo del contrato de aprendizaje cuando la aprendiza se encuentre en estado de embarazo deben observarse las siguientes directrices:

1-. El embarazo no afecta el contrato de aprendizaje ni su ejecución, no lo suspende y mucho menos lo termina. El Acuerdo 15 de 2003 del SENA, establece en su artículo 5º las causales de suspensión del contrato de aprendizaje, contemplando como una de ellas, la licencia de maternidad mas no el embarazo.

En consecuencia, si una aprendiza queda embarazada durante la ejecución del contrato de aprendizaje, el mismo continuará desarrollándose normalmente, pues el estado de gestación por sí mismo no impide su ejecución, salvo que se trate de un embarazo de alto riesgo que obligue a incapacitar a la aprendiza, caso en el cual el contrato no se suspende en razón del embarazo, sino por la incapacidad generada en su alto riesgo, aplicándose lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 del Acuerdo 15 de 2003.

2-. El contrato de aprendizaje es un contrato reglado por la Ley 789 de 2002 y las normas que la desarrollan y reglamentan. Sin embargo, siendo un contrato, es esencialmente consensual y las partes pueden de común acuerdo hacer las estipulaciones que consideren conveniente, respetando, eso sí, aquellos aspectos obligatorios señalados por la ley, como la afiliación y aportes obligatorios a la Seguridad Social en Salud y Riesgos Laborales, el pago mínimo de apoyo de sostenimiento que no puede ser inferior a la suma mínima determinada por la ley o la duración máxima del contrato que en ningún caso puede superar los dos años, siendo posible pactar duraciones inferiores.

3-. 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 frente a la cuota de aprendices y pago de monetización, pero no puede imponer decisiones frente a la ejecución de los acuerdos contractuales. Por ejemplo, no puede imponer la suspensión del contrato de aprendizaje por causa del embarazo, u ordenar que se termine como consecuencia de una incapacidad o cualquier decisión que afecte la voluntariedad de las partes

4-. De acuerdo con la jurisprudencia que se ha mencionado, si durante la ejecución del contrato de aprendizaje, la aprendiza queda embarazada, estaría cubierta por la estabilidad laboral reforzada y por tanto, tal como lo dijo la Corte Constitucional, el patrocinador debe respetar y mantener el vínculo contractual de aprendizaje.

5-. Si el parto se produce durante la vigencia pactada del contrato, la aprendiza entra a gozar de la licencia de maternidad, la cual suspende el contrato de aprendizaje. A la



terminación de la licencia, el contrato se reinicia y durará por el tiempo que falte para cumplir el plazo inicialmente pactado.

6-. Si el término de duración del contrato de aprendizaje vence antes del parto, de acuerdo con los fallos precitados de la Corte Constitucional, el contrato de aprendizaje se prorroga en virtud del fuero de maternidad, prórroga que en ningún caso puede determinar una duración mayor de dos años, en cumplimiento del término perentorio legal de duración del contrato de aprendizaje, siendo que, si el fuero de maternidad sobre pasa los dos años máximos de duración del contrato de aprendizaje, el patrocinador debe mutar el contrato a uno de trabajo para seguir brindando esa protección.

7-. Si prorrogado el contrato de aprendizaje por efectos del fuero de maternidad se cumplen los dos años de duración máxima del contrato de aprendizaje, éste como tal termina y el patrocinador, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, debe mutar la relación de aprendizaje a una relación laboral, con el fin de garantizar la protección de la mujer embarazada, en consecuencia, este contrato deja de contar para el cumplimiento de la cuota de aprendices.

8-. Cuando se inicia la licencia de maternidad o se produce una incapacidad, el contrato de aprendizaje se suspende y, como consecuencia de ello, cesa para el patrocinador la obligación del pago del apoyo de sostenimiento, ya que éste es sustituido por el auxilio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud, subsistiendo la obligación de pagar los aportes.

Si el número de semanas cotizadas no es suficiente para que la EPS reconozca el auxilio económico de maternidad, o hace solo un reconocimiento parcial, el patrocinador debe pagar el apoyo de sostenimiento en la cuantía que corresponda para cubrir la parte faltante del auxilio o el total del auxilio económico según sea el caso, recalmando que es una obligación del patrocinador frente a la aprendiza. El contrato se reanuda en su ejecución una vez termine la causa que dio lugar a la suspensión.

9-. La suspensión del contrato de aprendizaje tiene como consecuencia el aplazamiento de la fecha de vencimiento del mismo, pues una vez cesa la causa de suspensión, el contrato se reanuda por el tiempo que falte para su terminación

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 aprendiza 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.

Si el patrocinador y la aprendiz, de común acuerdo optan por otras soluciones no previstas en esta circular, debe en cada caso analizarse si las mismas tienen la virtualidad de



prorrogar el contrato de aprendizaje o lo terminan, siendo necesario vigilar que esos acuerdos interpartes 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.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional a la cual nos acogemos para el manejo del contrato de aprendizaje, con el fin de mantener un criterio unificado con la misma, la presente circular recoge las directrices contenidas en circulares y conceptos emitidos con anterioridad a la misma.

Atentamente,

JUAN PABLO ARENAS QUIROZ
Director Jurídico

Revisó: Carlos Emilio Burbano, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Elaboró: Eduardo de Jesús Hurtado C., Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa