

**SANCIONES IMPUESTAS POR PARTE DEL MINISTERIO DEL TRABAJO Y EL
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- A EMPRESAS PRIVADAS
POR EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE CUOTA OBLIGATORIA DE
APRENDICES**

**TATIANA CARDONA ROJAS
MARÍA ANTONIA GONZÁLEZ GÁLVEZ**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN- COLOMBIA
2015**

**SANCIONES IMPUESTAS POR PARTE DEL MINISTERIO DEL TRABAJO Y EL
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- A EMPRESAS PRIVADAS
POR EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE CUOTA OBLIGATORIA DE
APRENDICES**

**TATIANA CARDONA ROJAS
MARÍA ANTONIA GONZÁLEZ GÁLVEZ**

**PROYECTO DE GRADO
ÁREA LABORAL**

**ASESOR
Dr. CAMILO PIEDRAHITA VARGAS**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN- COLOMBIA
2015**

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| 2. ESTADO ACTUAL DEL TEMA..... | 10 |
| CAPÍTULO I..... | 13 |
| 1. DERECHO AL TRABAJO..... | 13 |
| 1.1. ANTECEDENTES..... | 13 |
| 1.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO..... | 17 |
| CAPÍTULO II..... | 20 |
| 2. CONTRATO DE TRABAJO..... | 20 |
| 2.1. DEFINICIÓN..... | 20 |
| 2.2. MODALIDADES DE CONTRATOS SEGÚN DURACIÓN..... | 21 |
| 2.2.1. CONTRATO A TÉRMINO FIJO..... | 22 |
| 2.2.2. CONTRATO A TÉRMINO INDEFINIDO..... | 23 |
| 2.2.3. CONTRATO OBRA O LABOR DETERMINADA..... | 25 |
| 2.2.4. CONTRATO OCASIONAL, ACCIDENTAL O TRANSITORIO..... | 26 |
| CAPÍTULO III..... | 27 |
| 3. GARANTÍA DE CAPACITACIÓN Y ADIESTRAMIENTO DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE..... | 27 |
| 4. ENTIDADES ENCARGADAS..... | 28 |
| 4.1. MINISTERIO DEL TRABAJO..... | 28 |
| 4.2. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-..... | 29 |
| 5. CONTRATO DE APRENDIZAJE..... | 32 |
| 5.1. DIFERENCIA ENTRE APRENDIZ Y PRACTICANTE..... | 32 |
| 5.2. ETAPAS DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE..... | 33 |
| 5.3. EMPRESAS OBLIGADAS | 34 |
| 5.3.1 APOYO DE SOSTENIMIENTO..... | 34 |
| 5.4. EMPRESAS EXONERADAS..... | 40 |
| 5.5. ALTERNATIVAS DE CUMPLIMIENTO..... | 41 |
| 5.5.1. MONETIZACIÓN DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE..... | 42 |
| 5.5.2. MONETIZACIÓN TOTAL..... | 42 |
| 5.5.3. MONETIZACIÓN PARCIAL..... | 43 |
| 5.6. INCUMPLIMIENTO..... | 43 |
| 5.6.1. SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO..... | 44 |
| 5.6.2. ALTERNATIVAS DE PAGO POR SANCIÓN DE INCUMPLIMIENTO... | 46 |
| 5.7. COBRO..... | 47 |
| 5.8. SEGUIMIENTO..... | 48 |
| 5.9. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE..... | 49 |
| 5.10. DESTINACIÓN..... | 50 |

| | |
|--|-----------|
| 5.10.1. FONDO EMPRENDER..... | 50. |
| 5.10.2. MANEJO DE LOS RECURSOS. | 51 |
| 5.10.3. ANALISIS CASO FONDO EMPRENDER..... | 52 |
| CAPÍTULO IV..... | 54 |
| 6. TRABAJO DE CAMPO..... | 54 |
| 6.1.RESPUESTA POR PARTE DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA..... | 55 |
| 6.2. RESPUESTA FONDO EMPRENDER..... | 71 |
| CAPITULO V..... | 77 |
| 7. CONCLUSIONES..... | 77 |
| 8. BIBLIOGRAFIA..... | 82 |
| 9. ANEXOS..... | 86 |
| 10. LISTA DE SIGLAS. | |

LISTA DE TABLAS

1. *Tabla 1.* Graduación de multas.....66
2. *Tabla 2.* Recursos asignados por el Fondo Emprender.....74

1. INTRODUCCIÓN

En la presente monografía se exponen los resultados de la investigación realizada en el Ministerio del Trabajo y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) acerca de las funciones que desarrollan ambas entidades en materia de gestión, control y vigilancia de los contratos de aprendizaje que suscriben las empresas en cumplimiento del régimen previsto en la Ley 789 de 2002 y el Decreto reglamentario 933 de 2003. El propósito principal de la investigación consistió en identificar aquellos casos en los que las empresas son efectivamente sancionadas por el incumplimiento de la cuota mínima de aprendices, y analizar la manera en que las entidades gestionaban la imposición de la sanción, el pago y la destinación de los recursos obtenidos.

La metodología usada en el desarrollo de la investigación fue de carácter cualitativo e implicó, por una parte, el análisis de las normas que regulan todo lo relacionado con el contrato de aprendizaje, y por otra parte, la recolección de datos empíricos que permitieran hacer un análisis integral acerca de la manera en que las entidades directamente encargadas de su gestión desempeñaban sus funciones en la práctica. El análisis normativo incluyó la lectura y sistematización de las normas que regulan la materia, así como la consulta de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado. Entre los instrumentos de recolección de datos cabe destacar las entrevistas realizadas a empresarios y derechos de petición enviados directamente a varias entidades. El análisis de esos datos arrojó un conjunto de conclusiones importantes acerca de la gestión que hace

actualmente el SENA y los niveles de cumplimiento que tienen las empresas en la vinculación de aprendices.

Los datos fueron recolectados durante el año 2015, pero corresponden a hechos ocurridos entre los años 2009 y 2014.

El trabajo está dividido en cuatro partes principales. En la primera parte se hace una descripción detallada de las características principales del derecho laboral, de la protección constitucional del trabajo y de algunos antecedentes importantes de esa rama del derecho. También se indaga acerca de las funciones ejercidas por el Ministerio del Trabajo en materia de promoción del empleo y protección social en torno a la eliminación de todas las formas de trabajo no dignas para el ser humano.

En la segunda parte (capítulo II) se expone algunas generalidades sobre el contrato de trabajo regulado en el Código Sustantivo del Trabajo, sus modalidades, sus elementos esenciales, entre otros aspectos. Esta exposición se hace con el propósito de contextualizar el tema relacionado con el contrato de aprendizaje, de manera que puedan percibirse con mayor claridad sus particularidades y sus diferencias con el contrato de trabajo.

En la tercera parte (Capítulo III) se hace un recorrido detallado por el contrato de aprendizaje. Entre otros aspectos, se describe el régimen especial al cual está sometido, las entidades encargadas de su gestión, las diferencias entre aprendiz y practicante, las empresas obligadas a vincular o monetizar aprendices, la diferencia entre vinculación y

monetización, entre muchos otros. También se señala la importancia del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, siendo ella la entidad encargada de velar por el correcto funcionamiento de esta modalidad de contratación. De igual manera, se hace un estudio de caso sobre el Fondo Emprender.

Uno de los propósitos fundamentales de esta segunda parte es investigar las sanciones realizadas por parte del Ministerio del Trabajo y el SENA a aquellas empresas que no cumplen los requisitos exigidos por la ley en cuanto al contrato de aprendizaje y la cuota de aprendices. De esa manera se pretende determinar en qué medida esas entidades cumplen su obligación de supervisar, sancionar, recaudar y destinar los dineros producto de las sanciones, es decir, la verificación del cumplimiento de la norma.

Se busca indagar sobre las sanciones impuestas por incumplimiento de la cuota de monetización del contrato de aprendices, haciendo una análisis desde el inicio, es decir, desde el momento en que la empresa es sometida a una investigación, hasta la recolección de los dineros, de ser el caso, y su eventual destinación; además cuáles son los posibles acuerdos de pago con los que cuentan los empresarios, para finalmente concluir si la aplicación de la norma es efectivamente realizada o si por el contrario, las entidades obligadas a cumplirla hacen caso omiso y no se ajustan proceso determinado para su manejo.

En la cuarta parte (Capítulo IV) se analizan los datos recolectados en el trabajo de campo, con el propósito de dar un sustento empírico a los análisis efectuados en los capítulos anteriores. Y finalmente, se exponen las conclusiones de la investigación.

Ahora bien, la pertinencia de esta investigación radica en que existe información muy escasa sobre la materia. En Antioquia no hay estudios que den cuenta de las sanciones impuestas a aquellas empresas que no cumplen con los requisitos exigidos por la ley. Además, el trabajo no consiste simplemente la recolección de datos estadísticos, sino un análisis sobre el incumplimiento de los requisitos legales exigidos por los empresarios, la sanción y el cobro efectivo de aquellas entidades encargadas del cumplimiento de la norma, la destinación real de estos dineros y de ser posible, las formas de pago que tienen aquellos que ya fueron sancionados.

Es importante aclarar que el pago de la cuota obligatoria de aprendices en Colombia ha sido creado con la finalidad de incentivar a los empleadores para que accedan a contratar a aquellos individuos que están realizando sus estudios técnicos, tecnológicos o profesionales, y que se encuentran en la fase práctica de los mismos.

El Código Sustantivo del Trabajo se encarga de regular las relaciones laborales, adicionalmente, la Ley 789 de 2002 busca incentivar la creación de empleo, haciendo énfasis en el contrato de aprendizaje del SENA, para que aquellas personas que se encuentran su formación teórico-práctica puedan implementar sus conocimientos en las empresas y así garantizar el inicio de la vida laboral.

Ahondar en el estudio de esta figura, es de suma importancia para los individuos mencionados anteriormente, así como para el sector económico del país, pues establecer su alcance permite conocer cuál es la real expectativa que tienen los estudiantes para introducirse en el ámbito laboral colombiano, por otro lado, determina si efectivamente se está dando la sanción correspondiente por omitir la obligación de contratar aprendices y si se realiza un efectivo seguimiento y posterior cobro a ese dinero.

Igualmente, se pretende recolectar información sobre la función de inspección, control y vigilancia que deben ejercer conjuntamente el Ministerio del Trabajo y el SENA para que la legislación laboral en general se cumpla, por lo tanto, la presente tesis, tendrá como objetivo el constatar que una vez impuesta la sanción por el Ministerio del Trabajo, es cumplido todo el proceso por el SENA.

Es importante determinar las sanciones efectivamente impuestas a las empresas por el incumplimiento de la norma, ya que el objetivo de esta ley es garantizar el empleo, el cual representa un beneficio económico para el país toda vez que disminuye el índice de pobreza del mismo a través de la creación de incentivos que fomenten el trabajo.

Es por estas razones que se busca dar a conocer el cumplimiento de las empresas y las entidades estatales encargadas de acatar la norma para que así se evidencie la garantía a los derechos establecidos para los estudiantes que dan inicio a esta etapa.

2. ESTADO ACTUAL DEL TEMA

En Colombia el contrato de aprendizaje se encuentra regulado en la Ley 789 de 2002, en la cual a través del artículo 30, se obliga a las empresas a que contraten aprendices para la formación teórico práctica de estos, adicionalmente, la entidad encargada de contratar debe otorgar un apoyo de sostenimiento al aprendiz, el cual no puede entenderse como salario, toda vez que no se trata de un contrato laboral propiamente dicho, sino que abarca una modalidad de contratación especial, regulada por el derecho laboral; la idea de brindar este apoyo al aprendiz, es garantizar el proceso de aprendizaje del mismo. A través de esta modalidad de contratación se busca que se facilite la formación al aprendiz, el cual solo se encuentra subordinado en las actividades propias del contrato y la formación es personal.

En todo caso, es necesario explicar que las empresas cuentan con la obligación de contratar aprendices cuando tienen vinculados una determinada cantidad de trabajadores, sin embargo, la ley permite a aquellos que no deseen contratar aprendices, monetizar la cuota, es decir, pagar en dinero la misma cantidad que le costaría a la empresa contratar aprendices, simplemente en este caso no se realizaría el pago a título de contrato de aprendizaje sino de monetización del contrato.

Tanto el aviso al SENA de contratar aprendices, como el interés de realizar la monetización, debe hacerse dentro de un término establecido para ello, puesto que de no realizar la contratación o el pago, si este fuera el caso, dentro del tiempo estipulado, la empresa se verá sujeta a sanciones impuestas por el Servicio Nacional de Aprendizaje

SENA, estas multas se calcularán en cada caso específico y serán analizadas más adelante en el presente trabajo en su respectivo acápite.

A través de la recolección y análisis de datos, la presente monografía, pretende analizar las obligaciones impuestas a los empleadores, y el cumplimiento de las mismas en cuanto a lo exigido por la ley en los contratos de aprendizaje puesto que estos son relaciones de trabajo especiales, que si bien se encuentran regulados por el derecho laboral, tienen un tratamiento diferente; así las cosas, en el presente trabajo de grado, se hará énfasis en las sanciones asignadas, los dineros recolectados, el efectivo recaudo de los mismos y la posterior destinación de estos.

Bajo un referente temático, se pretende analizar a las empresas en Antioquia en un periodo de cinco años comprendidos entre 2009 y 2014, para determinar el cumplimiento de la norma laboral en cuanto a lo estipulado para los contratos de aprendizaje, y así, analizar si esta es realmente efectiva o no, además se busca investigar sobre cuál es el número de sanciones y el cumplimiento de las mismas; posteriormente se pretende verificar los recaudos de los dineros a las empresas sancionadas para evidenciar cuál es la destinación de estos dineros.

Lo anterior se realiza toda vez que se busca determinar si la normatividad vigente se cumple con veracidad, o si por el contrario, lo exigido por ley no es más que una formalidad que no es seguida al pie de la letra por las empresas, e inclusive por las mismas

entidades de realizar el recaudo y destinación de los recursos, tales como el Ministerio del Trabajo, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, y el Fondo Emprender.

Se tienen en cuenta todos los factores importantes respecto al contrato de aprendizaje, la protección por parte del Ministerio del Trabajo y del SENA, la efectiva intervención por parte de estas entidades y la regulación normativa, lo anterior en aras de determinar el cumplimiento de la norma para la protección de los derechos otorgados a quienes se encuentran contratados bajo esta modalidad.

Uno de los objetivos más importantes del presente trabajo, es analizar si la obligación de pagar la cuota de aprendices, realmente se cumple por parte de las empresas que se encuentran en el departamento de Antioquia, y a partir de esta información establecer si realmente son impuestas las sanciones correspondientes por parte del Ministerio del Trabajo, de manera que se logre evidenciar si las mismas son recaudadas por el SENA y la efectividad de estas.

De igual forma, se estudiará el cumplimiento del pago de la cuota obligatoria de aprendices, establecer cuáles han sido las sanciones impuestas por parte del Ministerio del Trabajo durante los últimos cinco años y así determinar la efectividad de las mismas; así mismo, se pretende establecer si las empresas cumplen con la obligación o si la mayoría de las mismas son sancionadas por incumplimiento y de ser así, si los sancionados cuentan con la posibilidad de realizar un acuerdo de pago con la entidad sancionadora.

Finalmente, para presentar los resultados, en el capítulo sobre el trabajo de campo, se analizarán las respuestas a las preguntas realizadas a través de los derechos de petición enviados a las entidades encargadas de hacer cumplir la ley, ya sea el Ministerio del Trabajo o el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

Una vez se agote esta etapa, se pretende analizar los datos obtenidos para conocer las entidades sancionadas y así determinar cuál es la destinación de los mismos.

CAPITULO I

1. DERECHO AL TRABAJO

1.1 ANTECEDENTES

Para lograr establecer un paralelo entre el contrato de trabajo y el contrato de aprendizaje, en donde este último ocupa el fundamento de esta monografía, es imperante iniciar la exposición estableciendo las principales premisas que ocupan el objeto del trabajo como tal, bien sea, el derecho al trabajo, la importancia de su protección en Colombia y su relación con el derecho.

De acuerdo a la definición de trabajo que trae el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 5, en las relaciones contractuales donde una persona ejecuta una actividad personal,

libre, material o intelectual y permanente o transitoria, siempre que sea al servicio de otra, se considerará trabajo¹. El derecho al trabajo trata sobre la posibilidad que tienen las personas de realizar actividades productivas y prestar personalmente un servicio, a cambio de recibir beneficios, para garantizar una vida digna.

Este derecho se encuentra protegido por el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales para cumplir con la vigilancia de este derecho, se crean normas de protección que aseguran condiciones dignas y justas de trabajo, donde además se respeten otros elementos esenciales como la garantía de un salario, el descanso, la posibilidad de constituir sindicatos, la igualdad en el trato y demás factores importantes que garanticen la prestación de servicios de una manera equilibrada.

De igual manera, el protocolo de San Salvador² en su artículo 6 incluye la oportunidad que tiene toda persona al trabajo, se destaca gracias a la necesidad de llevar una vida digna, y que los Estados están llamados a proteger y buscar todos los mecanismos destinados a que las personas puedan ejercer libremente su derecho al trabajo.

¹ Colombia, Código Sustantivo del Trabajo, Bogotá DC. Editorial Legis. (2013) Artículo 5o. Definición De Trabajo. El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.

² Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional. Tratados Multilaterales. Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. "Protocolo De San Salvador"(Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General). Ratificado por Colombia el 22 de octubre de 1997.

Las normas que regulan la relación de trabajo buscan amparar los derechos fundamentales para que los mismos no sean vulnerados por ninguna de las partes, sean estas, empleadores, empleados o el mismo Estado.

El derecho laboral se aplica de manera general en las relaciones contractuales de trabajo donde una persona ejecuta una actividad al servicio de otra³. Este derecho trata sobre la posibilidad que tienen las personas de realizar actividades productivas y prestar servicios, a cambio de esto, recibe beneficios para garantizarse una vida digna. Este derecho se encuentra protegido por el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, adicionalmente se crean normas de protección que apan condiciones dignas y seguras de trabajo, donde además se respeten otros elementos esenciales como la garantía de un salario, el descanso, la posibilidad de constituir sindicatos, la igualdad en el trato y demás factores importantes que permitan la prestación de servicios justos.

Según Humberto Benavides López⁵, el derecho al trabajo es la facultad que tienen las personas de realizar una labor para la subsistencia personal o familiar con las limitaciones de ley. Según el autor, se debe fundamentar el derecho al trabajo como algo material y

³Colombia, Código Sustantivo del Trabajo, Bogotá DC. Editorial Legis. (2013) Artículo 5o. Definición de trabajo.

⁴Naciones Unidas, Asamblea General de las Naciones Unidas, Carta Internacional de Derechos Humanos. Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y culturales, Parte III, Artículo 6: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana. Recuperado 30 de septiembre de 2015 de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

⁵ Benavides López, Humberto. Derecho laboral individual. Presentación en PowerPoint para la Universidad Cooperativa de Colombia. Recuperado el 21 de agosto de 2015 de: <http://wb.ucc.edu.co/derecholaboralindividualpc/files/2011/07/ucc-derecho-laboral.pdf>

jurídico, encontrándose este protegido desde un plano subjetivo, es decir, bajo la facultad de la persona, y desde lo objetivo, es decir, desde todas las regulaciones normativas. El autor categoriza al derecho al trabajo desde una legislación especial en cuanto al contenido y al objeto; de orden público, por lo tanto se encuentra una irrenunciabilidad de derechos; no discriminación, es decir, las mismas oportunidades para los empleados, igualdad entre todos; favorabilidad para los trabajadores en caso de conflicto de normas; inescindibilidad, es decir, la interpretación y aplicación integral de la norma, en aras de proteger la favorabilidad⁶.

Por último, cabe destacar que para ejercer el derecho al trabajo a cabalidad, es necesario que en la práctica, el trabajo se desarrolle de una manera digna, para esto, la OIT⁷ como principal centro de promulgación de normas laborales, se ha enfocado en desplegar programas para proteger el cumplimiento de las premisas mínimas para que en los países se respete el derecho al trabajo digno.

1.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO.

⁶ Benavides López, Humberto. Derecho laboral individual. Presentación en PowerPoint para la Universidad Cooperativa de Colombia. Pág. 30. Recuperado el 21 de agosto de 2015 de: <http://wb.ucc.edu.co/derecholaboralindividualpc/files/2011/07/ucc-derecho-laboral.pdf>

⁷ Organización Internacional del Trabajo. Colombia es miembro de la organización desde 1919. Recuperado el 22 de agosto de 2015 en: <http://www.ilo.org/lima/paises/colombia/lang--es/index.htm>

Al establecer un marco legal donde se regula el derecho al trabajo, se encuentran instrumentos jurídicos de carácter general⁸ y relativo a los grupos poblacionales específicos que consagran derechos relacionados con el trabajo.

Como ya se había mencionado, en Colombia el derecho laboral se rige en primera instancia por las disposiciones constitucionales; desde su preámbulo y en su artículo primero, se menciona que Colombia es un Estado Social de derecho, es decir, que como fin del Estado se encuentra mejorar la calidad de vida de sus habitantes y que los mismos se fundan en “*el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran*”, por medio de esta prerrogativa es de donde se derivan las políticas públicas en materia laboral.

Seguidamente, el artículo 25 de la Constitución Política⁹ consagra el derecho al trabajo, y establece que este debe ser desarrollado en condiciones dignas y justas, y a que sea protegido por el Estado en todas sus modalidades. Esto significa que las garantías constitucionales deben ser aplicadas tanto a los trabajadores que tienen una relación contractual o reglamentaria de trabajo, como a los trabajadores que realicen su labor de manera independiente o sin subordinación.

⁸ Según la política exterior colombiana en materia de derechos humanos, en el sistema universal de carácter general, la Carta Internacional de Derechos Humanos agrupa tres importantes instrumentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 14 de mayo de 2015 de http://www.colombiaun.org/Temas%20prioritarios/derechos_humanos.html

⁹ Colombia, Constitución Política (1991). ARTICULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Cuando en este artículo 25 menciona que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, se debe especificar que con esto se quiere establecer que no es concretamente obligación del Estado proporcionarle empleo a todos los habitantes, sino que quiere establecer que el Estado está en la obligación de encaminar políticas públicas guiadas a la generación de empleo formal.

Así mismo, el artículo 26 de la Constitución Política establece que todas las personas son libres de determinar su profesión o empleo, señalando que para algunas, podrá exigirse título de idoneidad y que para aquellas en las cuales no se exige profesión académica, son de libre ejercicio¹⁰.

Es relevante explicar la importancia del artículo 53 de la Constitución Política toda vez que este exige que sea el congreso quien expida el estatuto del trabajo, para lo cual deben ser respetados los principios fundamentales de oportunidad, remuneración mínima, calidad del trabajo, irrenunciabilidad de derechos, primacía de la realidad sobre las formas, *in dubio pro operario*, garantía de la seguridad social, protección especial a la mujer y a la maternidad, entre otras. De igual forma, este artículo señala que los convenios debidamente ratificados hacen parte de la legislación colombiana. Ningún contrato, acuerdo o convenio puede perjudicar la libertad ni los derechos de los trabajadores.

¹⁰ Colombia, Constitución Política (1991) ARTICULO 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Este artículo es de suma importancia toda vez que establece las condiciones mínimas de respeto a los trabajadores, además otorga el rango de constitucionalidad a las relaciones de trabajo, así las cosas, obliga tanto a los empleadores a proporcionar condiciones justas y dignas de empleo, como a los empleados a no renunciar a sus derechos.

Este artículo además de instaurar la obligación de que el congreso se encargue de regular las disposiciones que lleven a la igualdad de oportunidades a los trabajadores, incluye la necesidad de garantizar la capacitación, el adiestramiento y el descanso de los trabajadores; esfera primordial en la presente monografía, pues cuando se refiere a la capacitación, apunta a encontrar la manera en que las personas adquieran nuevos conocimientos para que entren a desarrollar una labor diferente a la que antes desplegaron; y en segundo lugar, cuando habla de adiestramiento, entre otras cosas, se refiere a la labor que pueden adelantar los empleadores con los aprendices para que los últimos adquieran los conocimientos necesarios para la labor y programa que se capacitaron.

Otra disposición significativa sobre la protección laboral en la Constitución es el artículo 54, que fija la obligación al Estado y a los empleadores de ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. Además, el Estado tiene la obligación de propiciar la ubicación laboral de aquellos que cuentan con la edad establecida para trabajar y debe garantizar a las personas con discapacidad un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Por último, otros artículos de la Carta Constitucional que dan cuenta de la trascendencia de la protección que el Estado debe al trabajo son el 215, el cual dispone en su inciso final que incluso en los estados de excepción le está vedado al gobierno desmejorar los derechos sociales de los trabajadores; y el artículo 334 constitucional, al referirse a la intervención del Estado en la economía, establece que el Gobierno Nacional de manera especial debe intervenir para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

CAPÍTULO II

2. CONTRATO DE TRABAJO

2.1 DEFINICIÓN

Un contrato laboral es el instrumento idóneo por medio del cual dos partes, empleador y empleado, adquieren una serie de obligaciones, el empleado se obliga con el empleador a cumplir una labor determinada, y el empleador se obliga a remunerar los trabajos brindados por parte del empleado. Por ser el contrato una herramienta que evidencia las obligaciones adquiridas, debe cumplir con los elementos esenciales de los demás contratos, es decir, las partes deben ser capaces para contratar, debe haber consentimiento, causa lícita y objeto

lícito. Además de estos requisitos, para que exista un contrato de trabajo debe haber concurrencia de los siguientes elementos:

A) La actividad debe ser realizada personalmente por el trabajador.

B) Debe existir subordinación del empleador al trabajador, razón por la cual el empleado se encuentra sometido a las órdenes que le dé el empleador, esto sin que se afecte la dignidad y derechos mínimos de la persona.

C) Salario que retribuya los servicios prestados.

2.2 MODALIDADES DE CONTRATO LABORAL EN COLOMBIA

Entre los tipos de contrato laborales, pueden existir tanto los escritos como los verbales, haciendo la salvedad que en los contratos de trabajo escritos se encuentran evidenciadas todas las obligaciones adquiridas, por lo tanto, se recomienda la existencia de este, toda vez que de existir controversia alguna entre las partes, el medio conducente para la prueba será lo escrito, sin embargo esto no obsta para que el contrato verbal también se encuentre regulado, así las cosas, ambas modalidades son plenamente válidas en el ordenamiento colombiano.

La duración de los mismos es determinada por ambas partes, durante este tiempo pactado se mantiene vigente la relación laboral. A pesar de que esta duración se plantea desde el

principio, pueden presentarse prórrogas en el contrato, es decir, se puede determinar la continuación del mismo desde el momento de su vencimiento y con las mismas condiciones que se había pactado al inicio.

En el momento en que se desea presentar la terminación del contrato, debe operar una justa causa para que este se dé por terminado, estas razones pueden ser utilizadas tanto por el empleado como por el empleador, ello partiendo de la base que las causales justas de terminación del contrato de trabajo se encuentran taxativamente enunciadas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

En Colombia existen varias modalidades de contrato que se establecen por artículo 45 de la del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, los cuales proceden a enunciarse a continuación:

2. 2. 1. CONTRATO A TÉRMINO FIJO

Este tipo de contrato debe ser pactado siempre por escrito, la duración del mismo no puede ser mayor a tres años, sin embargo, puede ser renovado de manera indefinida sin que esto lo convierta en un contrato a término indefinido. En cuyos casos no se dé previo aviso por escrito a la otra parte el deseo de finalizar el contrato en un período no menor a treinta días, el contrato se renovará por el mismo período por el cual fue pactado inicialmente. Cabe

aclararse que en los casos en que se haya pactado el contrato por un período inferior a un año, solo podrá prorrogarse hasta por tres períodos iguales o inferiores, después de estas prórrogas, la renovación no podrá ser inferior a un año.

Esta renovación no es obligatoria, toda vez que el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades, así las cosas, en el momento en que se vence el término del contrato y con el previo aviso oportuno y por escrito de una de las partes, dada la naturaleza del mismo, es posible finalizar la obligación adquirida y no operar ninguna consecuencia negativa para alguno de los contratantes.

En esta tipología de contrato no es relevante que aún persista la causa u objeto por el cual se contrató al empleado, puesto que al tratarse de un acuerdo de voluntades basta con el simple cumplimiento del plazo para dar por terminada toda relación laboral que haya surgido entre ambas partes. Por lo mencionado anteriormente, la ley exige que esta metodología de contratos sea por escrito, dado que esta herramienta es la única que funciona como medio probatorio para demostrar la terminación de la relación laboral en una fecha determinada; así las cosas, si no se cuenta con este elemento, no hay un medio conducente para verificar la fecha de vencimiento del contrato, por lo tanto como consecuencia, se genera un contrato a término indefinido y las causales de terminación ya no serían las mismas en este caso.

2.2.2. CONTRATO A TÉRMINO INDEFINIDO

Existe un contrato a término indefinido cuando en él no se establece la duración del mismo, o cuando se pacta expresamente en el contrato que el mismo tendrá una duración indefinida. Esta modalidad de contratación también se presenta en los contratos verbales puesto que no se menciona cuál será la duración determinada de la relación laboral.

En los casos en que en un contrato de trabajo en general no se especifique la modalidad de contratación, esta se entenderá a término indefinido.

En esta modalidad de contrato debe establecerse el tipo de actividades que se van a realizar, el lugar donde se va a desempeñar la actividad y el salario que va a percibir el trabajador como contraprestación de la actividad desarrollada.

La consecuencia principal de un contrato a término indefinido es que no se vence con el efectivo paso del tiempo, sino que el mismo se finaliza por decisión voluntaria del trabajador o del empleador; en los casos en que el empleador desee finalizar la relación laboral, podrá hacerlo justificada o injustificadamente, sin embargo para los casos de despido sin justa causa, el empleador deberá pagar una indemnización acorde al daño ocasionado al empleado por el despido.

Otra razón por la cual puede finalizarse este tipo de contrato es cuando el empleado ha alcanzado los requisitos exigidos para acceder a una pensión.

Dada su naturaleza, la terminación del contrato laboral a término indefinido, no se necesita de un preaviso, por el contrario se aplican las causas justas de terminación o la indemnización por despido injusto.

2.2.3. CONTRATO DE OBRA O LABOR DETERMINADA

Esta metodología de contrato suele ser utilizada por aquellos trabajadores que ejecutan labores permanentes del objeto social de la empresa para la cual laboran. Es necesario que la obra a realizar sea identificada claramente para que de esta manera se pueda determinar cuándo será la terminación de la misma.

No cuenta con una fecha de terminación exacta puesto que lo que se debe tener en cuenta es la naturaleza de la obra que se está realizando, es decir, este tipo de contrato finaliza en el momento en que se termina la labor para la cual se contrató al empleado. A pesar de que la fecha de terminación del contrato es una fecha que no está determinada, si es una fecha cierta.

Esta metodología de contrato debe establecerse por escrito puesto que allí se fija el objeto del contrato o el servicio específico por el cual se está contratando a la persona.

En el caso en que se presente un despido sin justa causa por parte del empleador, el trabajador tendrá derecho a acceder a una indemnización por despido injusto, este monto corresponde a los salarios dejados de percibir hasta que finalice la obra.

2.2.4. CONTRATO OCASIONAL, ACCIDENTAL O TRANSITORIO

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo sexto se ocupa del trabajo ocasional, accidental o transitorio, y lo define como *“aquel de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador”*.

De la unión del artículo 45 el cual menciona los tipos de contratos laborales aplicables en derecho y el artículo 6 mencionado en el párrafo anterior, se dispone la idea de la naturaleza jurídica del trabajo ocasional, accidental o transitorio, de sus alcances y de su trascendencia jurídica como fuente de derechos y obligaciones.

Así las cosas, esa prestación personal del servicio del cual hacen uso ocasionalmente los empleadores para atender esas labores transitorias, están protegidas por la ley laboral, y lo hace con el mismo rigor con que se protege al resto de trabajadores, sin que su condición de trabajadores temporales les genere menoscabo alguno en sus derechos.

Fuera de los dos artículos mencionados anteriormente, vale decir el artículo 6 y el 45, el Código Sustantivo del Trabajo también adopta a esta clase de trabajadores en los siguientes artículos: 108, 223, 229, 247, 251 y 289.

CAPITULO III

3. GARANTÍA, CAPACITACIÓN Y ADIESTRAMIENTO DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE

Dentro del análisis constitucional ya realizado, cabe profundizar que para este trabajo de grado es importante analizar más a fondo lo relacionado a la exigencia de implementar una garantía de capacitación y adiestramiento, que en Colombia se ampara por medio del contrato del aprendizaje.

En Colombia todas las empresas que cuentan con un número determinado de trabajadores, deben contar con un aprendiz¹¹ que se encuentra en proceso de formación, esta figura del contrato aprendizaje, con todo lo conlleva, obliga a las empresas a vincular aprendices, generando así el mayor aporte del empleador a la capacitación del trabajo y el

¹¹ Estudiante de programas técnicos, tecnológicos o profesionales, término que será estudiado más a fondo en esta monografía.

adiestramiento al cual están obligados constitucionalmente por el artículo 53 de la constitución política de 1991.

Adicionalmente, el empleador debe capacitar al aprendiz para que se desempeñe en sus funciones, esto en aras de que este tenga un buen desempeño en su cargo.

4. ENTIDADES ENCARGADAS

4.1. MINISTERIO DEL TRABAJO

Esta entidad como entidad Administrativa del Trabajo, se encarga de la promoción del empleo por medio de acuerdos que protejan los derechos de las personas que se encuentran en condiciones de trabajar, para que de esta manera se fomente y construya empresa, así mismo busca que todos los trabajadores cuenten con protección social.

Su función no consiste en solucionar controversias laborales sino, por el contrario, propender para que las mismas no surjan, garantizando para ello la estabilidad laboral y capacitar el talento humano para que de esta manera el trabajo sea la fuente principal del desarrollo humano.

Una de sus principales funciones es la eliminación de la informalidad laboral, la protección social, la eliminación del trabajo infantil y velar por la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores¹².

Adicionalmente, como objetivos y funciones del Ministerio del Trabajo, se encuentra la protección de las garantías de los trabajadores por medio de la inspección vigilancia y control de los responsables en materia laboral, así como también orienta las políticas públicas laborales para mejorar las condiciones de vida en general, para ello garantiza el trabajo en condiciones dignas, la formalización del empleo, el respeto a derechos fundamentales y la garantía de un sistema pensional estable.

4.2. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-

Fue creado en 1957 en el gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla¹³, gracias a la idea conjunta de los trabajadores, los empleadores, la iglesia católica y la Organización Internacional del Trabajo quienes buscaban la formación profesional en diferentes sectores de la economía colombiana. Organizada de forma tripartita, es decir, se encuentra conformada por trabajadores, empleadores y por el Gobierno.¹⁴ Al igual que hoy, el SENA

¹² Colombia, Ministerio del Trabajo. Recuperado en: <http://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/quienes-somos/mision-vision-y-objetivos.html>

¹³ Decreto 118 de 1957. Por el cual se decretan aumentos de salarios, se establece el subsidio familiar y se crea el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 29.441 del 24 de julio de 1957. Colombia.

¹⁴ Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA (2015). Recuperado de: <http://www.sena.edu.co/acerca-del-sena/quienes-somos/Paginas/Historia-Vision-Mision-Valores-y-Simbolos.aspx>

siempre ha buscado otorgar a las empresas el personal calificado para las actividades diarias.

El SENA, es un establecimiento público nacional, cuenta con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa. Se encuentra adscrito al Ministerio del Trabajo.¹⁵

Esta entidad busca mejorar las condiciones de vida a través del fomento del empleo¹⁶. Su objetivo es proveer formación gratuita a los colombianos para que puedan acceder a programas técnicos o tecnológicos y complementarios, para que de esta manera haya más personas que puedan desarrollar actividades en empresas e industria y así aumentar la competitividad con otros mercados.

Se busca desarrollar el país a través de la educación dando acceso a la formación profesional, de igual forma, el Gobierno Nacional se encarga de establecer medidas para asegurar la vinculación laboral de estos estudiantes para el desarrollo empresarial, económico y social¹⁷.

¹⁵ Artículo 1, Ley 119 de 1994. Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 41.216 del 6 de febrero de 1994. Colombia.

¹⁶ DECRETO 249 de 2004. Por el cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a los principios contenidos en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998. Recuperado de: http://www.sena.edu.co/acerca-del-sena/quienes-somos/Documents/Decreto249_SENA.pdf

¹⁷ Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA (2015). Recuperado de: <http://www.sena.edu.co/acerca-del-sena/quienes-somos/Paginas/Historia-Vision-Mision-Valores-y-Simbolos.aspx>

El SENA se encuentra en constante desarrollo de programas de responsabilidad social, empresarial e innovación para generar más empleo y disminuir la pobreza. Esta organización se esfuerza en crear desarrollo tecnológico para que las empresas sean más productivas y así puedan competir con los demás mercados del mundo.

De igual forma, el SENA busca satisfacer las necesidades de las compañías en cuanto a la obtención de mano de obra, razón por la cual la organización está en constante búsqueda e implementación de métodos modernos de procesos de productividad. Como consecuencia de ello, el SENA contribuye a la superación de la pobreza mediante la contribución efectiva de empleo e implementación de tecnologías en las empresas.

Para que esta entidad pueda cumplir con sus objetivos, el Estado los faculta para que puedan invertir en el mejoramiento de estructura social y así brindar acceso a la formación profesional.

Además de lo mencionado anteriormente, la entidad vela por el cumplimiento de los contratos de aprendizaje, para ello proporciona información a empresarios sobre el personal disponible para iniciar la vida laboral bajo esta modalidad de contratación, capacita tanto a empleados como empleadores y brinda formación gratuita para todos los interesados.¹⁸

¹⁸ Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA (2015). Recuperado de: <http://www.sena.edu.co/acerca-del-sena/quienes-somos/Paginas/Objetivos-y-Funciones.aspx>

De igual forma, busca llenar las necesidades de las empresas en cuanto a la obtención de mano de obra, razón por la cual la organización está en constante búsqueda e implementación de métodos modernos de procesos de productividad.

Esta entidad implementa un Sistema de Integrado de Gestión, el cual se centra en las personas, es decir, dirigida hacia aquellos interesados que actúan en este ámbito tales como, los aprendices, empleadores, trabajadores o ciudadanía en general.¹⁹

En este orden de ideas, el SENA cuenta con una promesa de valor para implementar este sistema ya mencionado, la cual desde diferentes perspectivas tales como, la prestación de servicios de calidad, las buenas prácticas ambientales, la implementación de ambientes de trabajo seguros y el desarrollo y buen uso de tecnologías, busca mejorar sus servicios para generar ingresos mediante la creación y formación de empleo y el estímulo del desarrollo de la formación integral en el mundo laboral.²⁰

5. CONTRATO DE APRENDIZAJE

En principio es necesario aclarar que el contrato de aprendizaje no es un contrato laboral, si bien es cierto es regulado por el derecho laboral, se trata de una forma de vinculación especial, se encuentra regulado en la Ley 789 de 2002, esta ley establece que esta

¹⁹ Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA (2015). Recuperado de: <http://www.sena.edu.co/acerca-del-sena/quienes-somos/Paginas/Sistema-Integrado-de-Gestion.aspx>

²⁰ *Ibíd.*

modalidad de contratos no puede ser superior a dos años, y básicamente se divide en dos etapas, una primera parte se encarga de la etapa lectiva en la cual el aprendiz es formado en un oficio específico a desarrollar dentro de la empresa, para lo cual la misma debe patrocinar y sostener a la persona sin que este sostenimiento pueda ser considerado el salario del estudiante. Y otra segunda parte conocida como etapa práctica que tal como su nombre lo dice no es otra más que el aprendiz poniendo en desarrollo todo lo aprendido en la etapa inicial.

5.1. DIFERENCIA ENTRE APRENDIZ Y PRACTICANTE.

Es necesario diferenciar entre aprendiz y practicante, ya que estas son figuras diferentes y ambas cuentan con distintas finalidades. Así pues, el aprendiz es aquel estudiante del SENA o de instituciones educativas con convenios con el SENA, que a través de relaciones de aprendizaje con empresas privadas, se espera que completen su formación académica. Los practicantes son aquellos estudiantes universitarios que requieren desarrollar lo aprendido en su carrera en actividades prácticas en empresas públicas o privadas como requisito de grado y así culminar sus estudios, esto no supone una relación de aprendizaje en dichas empresas sino solamente práctica de lo estudiado en la carrera.

5.2. ETAPAS DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE

El contrato de aprendizaje cuenta con dos etapas, la primera de ellas es la etapa lectiva en donde la empresa se encarga de brindar la formación necesaria al aprendiz para que este

pueda desarrollar sus actividades de manera competente. La segunda etapa es la práctica, este es el momento productivo del aprendiz en la empresa.

Según el Acuerdo 15 de 2003, la empresa encargada de patrocinar al aprendiz deberá contratarlo en ambas etapas. Es importante explicar que en la etapa lectiva, el aprendiz no debe movilizarse hacia la empresa toda vez que la información es brindada en aulas de clase, sin embargo si la empresa lo solicita, el aprendiz deberá desplazarse. Ya para la etapa práctica, el aprendiz debe cumplir con 48 horas de trabajo semanal para el cumplimiento y desarrollo de esta fase.

5.3. EMPRESAS OBLIGADAS

Es obligación de todas las empresas privadas vincular aprendices, exceptuando de esta regla a aquellas que tengan como actividad la construcción, o aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que tengan menos de quince trabajadores. Es importante aclarar que quienes cuenten en su nómina con menos de diez trabajadores, podrán vincular aprendices de manera voluntaria.

5.3.1. APOYO DE SOSTENIMIENTO

El artículo 30 de la Ley 789 de 2002, que explica la naturaleza del contrato de aprendizaje,

establece que en contraprestación de la actividad desarrollada por el aprendiz, dentro de su proceso de aprendizaje, la empresa contratante con el fin de apoyarlo, deberá entregarle un apoyo de sostenimiento mensual, que en ningún momento constituirá salario, pero que en todo caso variará su valor de acuerdo en la etapa en que se encuentre.

Según el mismo artículo, el apoyo que se le brinda a los aprendices en las dos etapas por las que pasan durante su proceso de formación, equivalen a: 50% de un salario mínimo legal mensual vigente para la etapa lectiva; y como sostenimiento durante la fase práctica, señala la norma que será equivalente al 75% de un salario mínimo mensual legal. Es importante aclarar que en los casos en que la tasa de desempleo descienda a cifras de un solo dígito, el apoyo de sostenimiento, pasará a ser del 100%. Así las cosas, para el año 2014, el apoyo de sostenimiento fue del 100% toda vez que la tasa de desempleo correspondía a un solo dígito, sin embargo, para los años 2009, 2010, 2011, 2012, no se dio toda vez que las cifras correspondían a tasas de dos dígitos (12%, 11.8%, 10.8%, 10.3% respectivamente) *

Según la Resolución 384 de 2014 del Ministerio del Trabajo, en su artículo 1, para el año 2014 se *“fija el valor del apoyo de sostenimiento mensual de aprendices durante la fase práctica, en el cien por ciento (100%) del salario mínimo mensual legal vigente establecido mediante Decreto 3068 de 2013”*. Se estipula que este apoyo de sostenimiento incrementó para el año 2014 un 25%, ya que durante el año 2013 la tasa de desempleo nacional fue del

9,6%²¹, por lo tanto el sostenimiento para la etapa práctica tuvo un aumento, pasando de un 75% a un 100% de un salario mínimo legal mensual vigente en la etapa práctica de los aprendices.

Según el artículo 4 del Decreto 933 de 2013, cuando la fase lectiva y la fase práctica se ejecuten de manera simultánea, el apoyo de sostenimiento mensual de los aprendices, se computará proporcionalmente dependiendo del tiempo que le dedique el aprendiz a cada proceso de formación.

De otro lado, para el apoyo de sostenimiento del estudiante universitario, se estipula que este nunca podrá ser inferior al equivalente a un salario mínimo legal vigente, y no varía según la tasa de desempleo.

Por último, cabe destacar que el según lo regulado en el artículo 41 de Ley 789 de 2002, el 80% del dinero recaudado producto de la monetización, será destinado para el Fondo Emprender, y el 20% restante, se utilizará como apoyo económico para estudiantes de estratos 1 y 2 con buen rendimiento académico, para la prima de póliza de seguros de los aprendices y para dotación de vestuario de los mismos, todo lo anterior tanto en la etapa lectiva, como en la etapa práctica, y según lo que estipule el Gobierno Nacional.

²¹ Decreto 451 de 2008. Por medio del cual se reglamenta el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 sobre el Contrato de Aprendizaje. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 46.903 del 15 de febrero de 2008. Colombia. Reglamentó cómo determinar la tasa de desempleo nacional para este promedio, “se tomara la tasa nacional promedio del período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, certificada por el DANE, a más tardar en la segunda quincena del mes de enero de cada año”.

Este apoyo de sostenimiento, es diferente al aportado por la empresa patrocinadora al aprendiz, aquí se trata de un programa especial del SENA que tiene como finalidad contribuir con gastos básicos de los aprendices que no hayan suscrito contrato de aprendizaje y que cuenten con otro tipo de apoyo. Esta iniciativa está regulada por el Ministerio de la Protección Social y el Acuerdo No. 0005 de 2006 de la Dirección General del SENA.

Sobre esto, en la sentencia C038 DE 2004²² se establecen las razones por las cuales se puede considerar constitucional que el contrato laboral sea retirado de la categoría de contrato de trabajo, y que sea tratado dentro del derecho laboral como una tipología especial de contrato, con especificidades propias tales como su pago con un incentivo y la prohibición de ingresar a negociarlo colectivamente.

En la sentencia mencionada, se acusaron los artículos 1, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 parciales de la Ley 789 de 2002, sobre estas disposiciones el accionante manifiesta que en las mismas se establecen condiciones más desfavorables para los trabajadores, por lo que se afecta los derechos adquiridos de los trabajadores.

Según el actor, el artículo 30 de la ley 789 de 2002 vulnera varias normas y principios al establecer que el contrato de aprendizaje no es un contrato laboral, sino que “es una forma especial dentro del derecho laboral” la cual no contiene salarios, derecho a la asociación

²² Sentencia C 038 de 2004. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia c-038 de 2004. Enero 27, Bogotá: La Corte constitucional; 2004. M.P. Eduardo Montealegre Linett. Colombia.

sindical o derecho a la contratación colectiva. Dentro de las normas citadas, el actor sugiere que el artículo 30 viola lo siguiente:

1. Desconoce los artículos 13, 53, 54, 55 de la Constitución política.
2. Omite los Convenios 98 de 1949 y 151 de 1978 y el PIDESC los cuales tratan sobre la libertad sindical y las relaciones de trabajo.
3. Olvida el principio de negociación colectiva, el artículo 55 de la Constitución y los convenios internacionales sobre negociación colectiva ratificados por Colombia.

Según el demandante, el contrato de aprendizaje contiene los elementos esenciales del contrato laboral, razón por la cual no se puede desconocer la realidad sobre las formalidades en materia salarial (reconociendo el salario mínimo y no el apoyo de sostenimiento) y sindical.

1. El actor no está de acuerdo con la ley pues según él, el salario mínimo debe ser pagado en cualquier relación laboral sin importar su condición, y que es por ello que al cambiar el salario por un incentivo, fomenta la desigualdad en las condiciones de los trabajadores y la deserción académica.
2. Argumenta también que, al establecerse que los aprendices no pueden entrar a negociar colectivamente los asuntos que conciernen al contrato de aprendizaje, vulnera los convenios internacionales de los cuales Colombia es parte.

3. Por último establece que con el artículo 30, se evidencia un desmejoramiento a las garantías ya establecidas sobre los salarios a los trabajadores y sobre las negociaciones colectivas, puesto que a lo largo de la historia, ya se había logrado una estabilidad laboral en cuando al principio de igualdad y a los fines del Estado.

Para esto, la Corte analizó y realizó un balance entre los beneficios económicos que conlleva excluir el contrato de aprendizaje de la tipología de los contratos laborales, prevaleciendo así el bienestar general, promoción del empleo y el crecimiento económicos del Estado.

La Corte orientada a objetar los consideraciones del actor sobre el artículo 30 de la Ley 789 de 2002, acerca de las supuestas medidas regresivas incluidas en el articulado, aduce que cuando el congreso reguló la naturaleza del contrato de aprendizaje en el debate sobre esta ley, fueron establecidas varios parámetros económicos que lo llevaron a establecer las especificidades del artículo 30 de la Ley 789 de 2002, pues según el congreso, gracias a que el desempleo golpea especialmente a la población joven, se hizo necesario tomar medidas para la generación del mismo a dicha población, para lo cual era necesario que se establecieran como contratos especiales, a los contratos de aprendizaje, con el fin de generar más dinamismo en la economía y activar la contratación de jóvenes.

El congreso en busca del mejoramiento de la contratación de la población joven, tuvo varias razones para excluir al contrato de aprendizaje como un tipo de contrato laboral y

para excluir a los aprendices de la negociación colectiva:

1. Que el contrato de aprendizaje no se convirtiera en una carga para los empresarios.
2. Que se tuviera la posibilidad de acceder a personal capacitado para las ocupaciones propias de la necesidad de la empresa, y se mejore con esto la competitividad de las empresas.
3. El contrato de aprendizaje, teniendo en cuenta su finalidad, debía sustentarse en beneficios para aquellos que lo implementen y no en una obligación que solo se cumple con el fin de evitar la sanción.

De esta manera, el congreso analizó los factores económicos colombianos y abstrae que teniendo en cuenta la informalidad, el desempleo y el subempleo en Colombia, la medida establecida en el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 arrojó resultados estadísticamente favorables para los años 2002 y 2003, donde en Colombia, según cifras del DANE, en el tercer trimestre de estos años el empleo incrementó un 5.7%; haciendo que la tasa de desempleo pasara de 15.3% a 14.3%.

Frente a las objeciones del demandante sobre la vulneración de principio de la realidad sobre las formalidades, cuando el artículo 30 trata de desnaturalizar el contrato de aprendizaje, excluyéndolo de la estructura de un contrato laboral, la Corte se pronuncia diciendo que el contrato de aprendizaje trae consigo muchas diferencias frente al contrato laboral, tales como:

1. La labor que realiza el aprendiz no es una prestación personal del servicio simplemente,

sino que se trata que la empresa capacite al aprendiz, con el fin de facilitar su entrada al mundo laboral.

2. El contrato de aprendizaje no tiene una plena libertad contractual, sino que se deben seguir unas reglas específicas de contratación para la protección de los derechos de los aprendices.

Por último, frente a la vulneración al derecho a la negociación a la que aduce el accionante, la Corte rechaza dicha tesis, pues argumenta que si se tiene en cuenta que en realidad los aprendices no son propiamente trabajadores, y que la cuota de aprendizaje es una obligación adicional que tienen las empresas, tal y como lo dice la Corte, se busca con esto que la obligación se vuelva desproporcionalmente onerosa, al darle potestades a los aprendices cuando estos no tienen las características de trabajadores.

5.4. EMPRESAS EXONERADAS

No cuentan con la obligación de contratar aprendices aquellas empresas quienes tengan menos de quince trabajadores, las entidades públicas distintas de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, nacionales, departamentales, distritales y municipales, las empresas en procesos de insolvencia, las cooperativas de trabajo con menos de quince empleados, los hogares infantiles sin ánimo de lucro que hagan parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y que presten servicios públicos de bienestar familiar a través de contratos de aporte.

5.5. ALTERNATIVAS DE CUMPLIMIENTO DE LA CUOTA DE APRENDICES

En aquellos casos en que la empresa obligada a contratar aprendices no desee hacerlo, podrá como ya se mencionó anteriormente, monetizar la cuota, de esta forma, en vez de contratar un aprendiz, se pagará el mismo monto de dinero pero ya no en razón de contrato de aprendizaje como tal, sino como recargo por no cumplimiento de la obligación, de esta forma el Gobierno Nacional busca reducir la evasión de la norma e incentivar la contratación de aprendices.

Otras alternativas de cumplimiento con las que cuentan las empresas obligadas es formar directamente a los aprendices, es decir, sería la empresa obligada quien impartiría la formación educativa, esta alternativa es autorizada por el SENA en los casos en que se ofrezcan contenidos de formación lectiva y práctica acorde con las necesidades de la formación y del mercado de trabajo; cuando se disponga de recursos humanos calificados en las áreas en que se ejecuten programas de formación y; cuando se garantice directamente o por intervención de terceros, los recursos pedagógicos y administrativos que permitan la correcta implementación.

5.5.1. MONETIZACIÓN DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE

En los casos en que las empresas no deseen contratar aprendices, cuentan con opción de monetizar, ya sea de forma total o parcial la cuota de aprendices, es decir, convertir en dinero la cantidad de aprendices que están obligados a contratar.

La decisión de optar por la monetización debe ser informada dentro del término de ejecutoria del acto administrativo, el pago de la misma debe hacerse dentro de los primeros cinco días de cada mes, su incumplimiento genera intereses moratorios y multas. En los casos en que las empresas deseen contratar aprendices nuevamente, simplemente deberá informar al SENA de sus intereses, mediante una carta con un mes de anticipación de la contratación de los aprendices.

Así las cosas, en ningún momento la empresa obligada podrá incumplir con la carga de contratar aprendices, pues efectivamente los vincula, o cancela el apoyo de sostenimiento mensual dentro de los primeros 5 días del mes, so pena de imposición de multas hasta de un salario mínimo legal mensual vigente más los respectivos intereses moratorios diarios conforme a la tasa máxima prevista por la Superintendencia.

5.5.2. MONETIZACIÓN TOTAL

Aplica en aquellos casos en que las empresas no desean contratar aprendices, para determinar la monetización de la cuota, se deberá multiplicar el 5% del número total de trabajadores por un salario mínimo legal mensual vigente. Este pago deberá efectuarse de forma mensual.

5.5.2. MONETIZACIÓN PARCIAL

Para estos casos, la monetización es proporcional al número de aprendices que no hagan la práctica para cumplir con la cuota mínima obligatoria. Para calcular el valor de la cuota se deberá multiplicar el 5% del número total de trabajadores, sobre el número de aprendices que está obligado a tener la empresa, este resultado deberá dividirse por el número de aprendices obligatorios según el acto administrativo y posteriormente multiplicarlo por el número aprendices que se deba monetizar parcialmente.

5.6. INCUMPLIMIENTO

Los incumplimientos se generan por no contratar al número de aprendices exigidos por la ley o por no monetizar la cuota si es el caso, sin embargo, estas no son las únicas razones, existen otros eventos en los cuales se puede presentar el incumplimiento tales como:

1. El no pago del apoyo de sostenimiento al cual tiene derecho el aprendiz de forma mensual.
2. La obligación de contratar aprendiz no se surte únicamente con la vinculación del mismo a la empresa, toda vez que esta contratación debe ser productiva, es decir, el aprendiz debe realizar las actividades objeto del contrato y en el área en la cual realizó los estudios.
3. Una vez el SENA realiza la efectiva fiscalización a la empresa patrocinadora para determinar el número de aprendices, si se evidencia por parte de esta última, actos engañosos al reportar la información sobre el número de trabajadores, se entenderá como una causal de incumplimiento.
4. La mora en el pago del valor del apoyo de sostenimiento.

5. El pago fuera del tiempo establecido por parte del empleador al sistema de seguridad social y riesgos profesionales, de igual forma el incumplimiento del mismo.

5.6.1. SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La omisión en la contratación de la cuota obligatoria de aprendices o el no pago de la monetización si fuera el caso, generará una sanción para quien incumpla. Estas sanciones son impuestas de manera sucesiva de forma mensual hasta el momento en que se verifique que se ha finalizado con el motivo del incumplimiento.

La sanción será impuesta por el SENA y la misma ascenderá a un salario mínimo legal mensual vigente por cada aprendiz no contratado, esto es \$644.350 pesos para el presente año, con la debida indexación y la mora hasta el momento en que el pago sea realizado.

En los casos en que el empleador incumpla con la vinculación de la cuota mínima de aprendices, deberá pagar el valor que corresponda al número de días durante los cuales no cumplió con la contratación de aprendices, junto con los correspondientes intereses moratorios diarios, los cuales deberán ser liquidados hasta la fecha en la que se realice el pago indicado. De la misma forma, el empleador deberá pagar la multa por el incumplimiento de la obligación.

Adicionalmente, en los casos en que la empresa patrocinadora incumpla con la obligación, según lo estipulado en la Ley 789 de 2002 y en el Acuerdo 004 de 2014, el obligado deberá

cumplir con la obligación principal según el valor que corresponda y pagar según el número de días durante los cuales incumplió con la contratación, además del pago de intereses moratorios, los cuales se causan según la tasa máxima prevista por la Superintendencia.

En los casos en que el incumplimiento ya sea parcial o total en la monetización, el empleador, deberá pagar por concepto de la obligación principal el valor de la monetización que no se efectuó oportunamente y los intereses moratorios diarios, los cuales deberán liquidarse hasta el día en que se realice el pago.

En el caso en que el empleador no cancele el estado de cuenta dentro de la etapa de fiscalización, este se incluirá dentro de una resolución de multa que se expida al finalizar el proceso sancionatorio. Contra esta resolución solo procede el recurso de reposición.

Una vez quede en firme la resolución de multa, prestará mérito ejecutivo; el coordinador de relaciones corporativas e internacionales o quien haga sus veces en la regional, hará al deudor el requerimiento de pago; si este no se obtuviere, será objeto de cobro coactivo por la respectiva regional, para lo cual el mencionado coordinador remitirá la actuación al despacho correspondiente.

Es importante resaltar el carácter drástico que tienen estas sanciones. Si se compara con otras sanciones a las que están sometidos los empleadores por el no pago a entidades del sistema de seguridad social, resultan bastante desproporcionadas e, incluso, rayan con la usura. Cuando un empleador incumple con el pago oportuno de las cotizaciones al sistema

de pensiones, por ejemplo, se somete únicamente a una sanción moratoria sobre el monto adeudado (art. 23 de la Ley 100 de 1993). En el caso aquí observado, las sumas que debe pagar el empleador incluye además la indexación.

De la misma forma, es importante señalar que el Ministerio de Trabajo según la Ley 1610 de 2013 cuenta con funciones de policía administrativa, por lo tanto dentro de sus funciones, tienen la obligación de conciliar, mejorar la normatividad y ser garantes de cumplimiento de las normas. Adicionalmente la Resolución 1309 de 2013, conocido como el Manual del Inspector del Trabajo y la Seguridad Social, tiene como objetivo principal dotar al inspector del trabajo la capacidad de inspección, vigilancia y control.

Así las cosas, los inspectores del trabajo se encuentran facultados para investigar todo lo relacionado con los salarios, afiliaciones y cotizaciones al sistema de seguridad social, de la misma forma, vigilan el cumplimiento de las jornadas de trabajo, vacaciones y todo lo demás relacionado con el cumplimiento de las leyes laborales.

Como funciones de policía administrativa o función coactiva, los inspectores del trabajo pueden realizar investigaciones de oficio o a petición de parte en las empresas. Para esto, pueden visitar las el lugar para revisar documentación, en caso de encontrar algún incumplimiento, podrán dar inicio al correspondiente proceso sancionatorio.

5.6.1. ALTERNATIVAS DE PAGO POR SANCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

En los casos en que la empresa ya se encuentran sancionadas por el incumplimiento, se hace una visita al lugar por parte de los fiscalizadores de la entidad sancionadora, estos se encargan de entregar a la empresa un estado de cuenta, la cual es revisada y conciliada entre las partes, es decir, sancionador y sancionado; si se logra realizar una conciliación de la deuda, se le explica las formas de pago posibles, pero si por el contrario el empleador no acepta la deuda, el fiscalizador remite la liquidación a un abogado de vía gubernativa, el cual se encarga de iniciar un proceso de acuerdo a la Ley 1437 de 2011. Una vez se finaliza este proceso, queda ejecutoriado el acto y se cuenta con un mes para realizar el cobro persuasivo de la deuda, este es realizado a través de cartas, llamadas y citas con el empresario, en los casos en que agotadas estas posibilidades y no se logra el recaudo de la deuda, se da traslado de la misma a la oficina de cobro coactivo para su respectivo trámite de recaudo. Es importante resaltar que en la etapa de cobro de la sanción los funcionarios encargados efectúan inicialmente las gestiones relacionadas con el cobro pre-jurídico, efectuando llamadas o enviado mensajes por los medios pertinentes.

5.7. COBRO

La multa impuesta a las empresas obligadas a cumplir y que no lo hacen, consiste en el pago de un salario mínimo legal mensual vigente por cada aprendiz que debió haber sido contratado y no se realizó.

En los casos en que el empleador decida optar por la monetización, ya sea total o parcial de la cuota de aprendices, y no haya incumplido dentro del término establecido, dará lugar al

pago de intereses moratorios diarios, estos deberán ser liquidados hasta la fecha en la cual se realice el correspondiente pago.

Sin embargo, es importante aclarar que la cancelación de la multa no exime a la empresa patrocinadora del pago del valor equivalente a la monetización por cada una de las cuotas dejadas de cumplir.

5.8. SEGUIMIENTO

El SENA como entidad, se encuentra obligada a realizar el seguimiento a los obligados e inspeccionar el número de trabajadores de cada empresa patrocinadora, esto significa que aunque el contratante en la relación laboral no se encuentre constituido como persona jurídica, se le deberá tener al día, el número y archivo de aprendices que por ley deberá contratar, así mismo, deberá controlar el cumplimiento de la cuota.

Según el artículo primero del Acuerdo 00011 del 27 de noviembre de 2008, inmediatamente después de firmar el acto administrativo en que se fija la cuota de aprendices correspondiente por parte del SENA, el empleador debe contratar los estudiantes dentro de los veinte días hábiles siguientes.

Sin embargo y a pesar de lo estipulado en este Acuerdo, en relación a los días hábiles desde los cuales se empieza a contar el plazo para que se formalice el acto administrativo con la

respectiva firma, el término debe ser contado solo desde que se notifique debidamente dicho acto administrativo.

Lo anterior puesto que según la Ley 789 de 2002, en el artículo 33, se establece que *“la cuota señalada por el SENA deberá notificarse previamente al representante legal de la respectiva empresa, quien contará con el término de cinco días hábiles para objetarla, en caso de no ceñirse a los requerimientos de mano de obra calificada demandados por la misma ley. Contra el acto administrativo que fije la cuota procederán los recursos de ley”*.

Por lo tanto, si bien el empleador es el encargado de tener una comunicación permanente con el SENA sobre los contratos, monetización e incumplimientos, después de que la entidad evalúa el número obligatorio de aprendices que debe tener cada empresa patrocinadora, para que se dé directamente la sanción determinada, es necesario que se notifique al empleador en debida forma el auto que determina la cuota de aprendices so pena que procedan las sanciones por ley.

5.9. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE

Según lo establecido en el Acuerdo 15 de 2003, el contrato de aprendizaje podrá suspenderse en los casos de licencia de maternidad, incapacidades certificadas (al igual que la licencia de maternidad, esta se mantendrá mientras permanezca la incapacidad) fuerza mayor o caso fortuito, vacaciones por parte del empleador si el aprendiz se encuentra en etapa práctica.

En el caso de suspensión, el empleador debe continuar pagando únicamente los respectivos aportes a la Entidad Promotora de Salud (EPS).

5.10. DESTINACIÓN

Según lo regulado en el artículo 40 la ley 789 de 2002, el 80% del dinero recaudado producto de la monetización, será destinado para el Fondo Emprender, este fondo es una cuenta independiente, especial, adscrita y administrada por el SENA, se regula según las normas del derecho privado.²³

El 20% restante, brinda apoyo de sostenimiento durante la fase lectiva y práctica para aprendices del SENA de estratos 1 y 2. Además este 20% es usado para el pago de la prima de la póliza de seguros y para la adquisición de elementos de seguridad industrial y dotación de vestuario²⁴.

5.10.1. FONDO EMPRENDER

²³ Artículo 40, inciso tercero. 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. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 45.046 del 27 de diciembre de 2002. Colombia.

²⁴ Artículo 41. 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. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 45.046 del 27 de diciembre de 2002. Colombia.

Como ya se mencionó, este Fondo es una cuenta independiente, especial y adscrita al SENA, creado por el Gobierno Nacional en el artículo 40 de la Ley 789 del 27 de Diciembre 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”*.

Su presupuesto se conforma principalmente por el 80% de la monetización de la cuota de aprendizaje, así como de aportes del presupuesto general de la nación, recursos financieros de organismos de cooperación nacional e internacional, de organismos internacionales, de fondos de pensiones y cesantías y de inversión públicos y privados.

El objetivo del Fondo es promover y financiar las iniciativas empresariales que provengan y sean desarrolladas por aprendices, asociaciones de aprendices, practicantes universitarios o profesionales cuya formación se esté realizando o se haya realizado en entidades educativas reconocidas por el Estado²⁵.

5.10.2 . MANEJO DE LOS RECURSOS

Los contratos celebrados para el cumplimiento del objeto del Fondo son regidos por el derecho privado, sin embargo, la contratación debe guiarse bajo los principios de selección objetiva y serán controlados por las autoridades competentes.

²⁵ Fondo emprendedor. (2015) Recuperado de: <http://www.fondoemprender.com/SitePages/QueEsFondoEmprender.aspx>

Los únicos requisitos que los ciudadanos deben acreditar para ser beneficiarios de los recursos del Fondo Emprender, es ser mayor de 18 años, tener un proyecto empresarial o empresa que no superen los 12 de constitución y que adicionalmente cumplan con los requisitos establecidos en el Acuerdo 00010 de 2013, las cuales consisten en ser estudiante del SENA que haya finalizado la etapa lectiva, estudiantes de últimos semestres de pregrado, estudiantes que hayan finalizado hace menos de un año sus estudios de educación superior, técnicos profesionales, tecnólogos o profesionales, estudiantes de especializaciones, maestrías o doctorados, o, egresados, estudiantes que hagan parte del programa Jóvenes Rurales y Línea de formación de líderes del desarrollo con más de doscientas horas en el programa, para estudiantes del SENA que hayan sufrido desplazamiento o sean víctimas de la violencia con más de noventa horas en el programa, colombianos con más de tres años en el extranjero y retornen al país; es importante aclarar que para estos casos es necesario no haber obtenido el título en un tiempo mayor de sesenta meses.²⁶

5.10.3. ANÁLISIS NOTICIA SOBRE FONDO EMPRENDER

Dentro de la importancia de esta monografía, se encuentra encausado el impacto que tiene en los ciudadanos la falta de información sobre la destinación del dinero recogido producto de las sanciones impuestas a los empresarios obligados a cumplir con el pago de la monetización de la cuota de aprendizaje.

²⁶ Artículo 2, Acuerdo 00010 de 2013. Por el cual se modifica el Acuerdo 0007 del 2011. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial del 11 de septiembre de 2011. Colombia.

Se hace relevante en tanto que la opinión que se extrae de los medios de comunicación, refleja la preocupación que ha manifestado la ciudadanía y que evidencia que hasta el momento no ha sido posible que dicha entidad junto con su cuenta adscrita, el Fondo Emprender, revelen a plena luz dicha destinación.

Para esto, a pesar del correcto manejo que el fondo profesa sobre la destinación de sus fondos, el diario El Tiempo ha realizado cerca de 3 noticias donde describe las inconformidades de un grupo de Colombianos en España los cuales aspiran a la financiación por parte del Fondo para un iniciar un proyecto de emprendimiento.

En el caso descrito, ciertos aspirantes Colombianos que se encontraban radicados en España, pretendían regresar a Colombia junto con su idea de negocio e iniciarlo con ayuda del Fondo Emprender.

Según los 300 aspirantes, en el momento de la convocatoria, los únicos requisitos que debían acreditar eran: Residir en España, ser mayor de 18 años y tener una idea de negocio; pero adicionalmente el instituto INCYDE (Instituto Cameral para la Creación de la Empresa en España) le proporcionaría cursos de capacitación en emprendimiento para facilitarles la implementación de su idea en el país.

Empero, los aspirantes que cumplían con los requisitos y que se inscribieron en la convocatoria, anuncian que sufrieron un cambio en los requisitos justo al momento en que se culminaba el tiempo para ser elegidos como beneficiarios.

Según los mismos, también se contaba con 2.000 millones de pesos para que el Fondo Emprender aportara entre los favorecidos e iniciaran con su proyecto, y que según las entrevistas realizadas por el periódico, ese dinero nunca fue desembolsado.

De los 300 aspirantes, muchos renunciaron a la solicitud al percatarse que las promesas para su proyecto de negocio al momento de regresar a Colombia no eran ciertas. Sin embargo 81 de ellos, el 23 julio del 2013 enviaron una carta ante la Procuraduría General de la Nación para que se iniciara la investigación contra el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y el Ministerio de relaciones exteriores. Cabe resaltar que se hizo seguimiento en diferentes medios de comunicaciones sobre el estado actual de esta queja, pero para la entrega del presente trabajo de grado, no se encontró ninguna información.

6. ANÁLISIS SENTENCIAS RELACIONADAS CON LA PRESENTE MONOGRAFÍA

El Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca han proferido en años recientes una serie de sentencias en las que aclaran algunos aspectos relacionados con el objeto del presente trabajo: la facultad sancionadora que posee el SENA; los términos y contabilización de la caducidad; la vigencia del acto administrativo que impone el número mínimo de aprendices; y la obligación que tienen los empleadores de informar al SENA las variaciones en el número de empleados que posee la empresa.

En los siguientes acápite se analiza por temas cada uno de los aspectos que fueron objeto de pronunciamiento jurisprudencial:

-Sobre el término de caducidad.

El artículo 38 del antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 01 de 1984) disponía que la facultad de las autoridades administrativas para imponer sanciones caducaba a los tres (3) años de producido el acto que pudiera ocasionarlas. En ausencia de una norma especial, ese mismo término aplicaba también a la facultad del SENA para imponer sanciones a aquellos empleadores que incumplieran con la vinculación o monetización de la cuota mínima de aprendices decretada por la misma entidad.

La manera en que debe contabilizarse ese término de (3) años fue objeto de estudio por parte del Consejo de Estado mediante Sentencia del 28 de Mayo de 2015. Según el alto tribunal, los actos de incumplimiento (omisiones) de las obligaciones derivadas del auto administrativo que impone la cuota mínima de aprendices suelen ser actos continuados. Los empleadores suelen desatender su obligación de vincular el número mínimo de aprendices o de efectuar la respectiva monetización durante meses o años subsiguientes a la ejecutoria del acto administrativo. Por lo tanto, la contabilización del término de prescripción no puede hacerse desde el momento en el que fue expedido el acto administrativo, ni desde el momento en que comenzó a incumplirse la obligación, sino desde la culminación de los actos de incumplimiento (omisión). En otras palabras, la facultad que tiene el SENA para imponer la sanción prevista en el artículo 14 del Decreto 933 de 2003 cesa luego de

transcurridos tres años contados desde el momento en que cesó el incumplimiento. En palabras del Consejo de Estado (Sentencia del 28 de Mayo de 2015),

...como se trata de una falta continuada, para efectos de iniciar la contabilización del término de caducidad de la facultad administrativa sancionatoria se deberá tener en cuenta la fecha en que cese la infracción... al tratarse de una falta continuada, una vez que la parte actora cesó en su incumplimiento empezó a correr el término de caducidad de tres (3) años de la facultad del SENA para sancionar tal infracción...

-Sobre el momento en que se entiende impuesta la sanción.

Otro aspecto que aclaró la jurisprudencia del Consejo de Estado es el relacionado con el momento en que se entiende impuesta la sanción disciplinaria al empleador que incumple con la cuota de aprendices, es decir, el momento en que el SENA ejerce la potestad sancionatoria. Este asunto es de vital importancia porque, en ciertos casos, determina si se ha configurado o no la caducidad de dicha potestad. Si la sanción se impone dentro de los tres años subsiguientes a la cesación de los actos de incumplimiento, entonces no opera la caducidad. En caso contrario, la potestad del SENA se entiende caduca y el acto administrativo es anulable. Por lo tanto, el problema que surge es el siguiente: ¿cuándo se entiende impuesta la sanción? Al respecto, el Consejo de Estado analizó tres tesis diferentes: la primera, según la cual *“se entiende ejercida la potestad disciplinaria cuando se produce la decisión que resuelve la actuación administrativa sancionatoria”*; la segunda, según la cual *“es necesario no solo que el acto sancionatorio primigenio se*

expida, sino también que se notifique”; y finalmente, la tercera, según la cual “debe haberse expedido el acto sancionatorio, resuelto todos los recursos que se propusieron, y notificado las decisiones sobre éstos”.

Luego de analizar los fundamentos normativos de las tres tesis, el Consejo de Estado concluyó que la más apropiada es la segunda. En Sentencia del veintinueve (29) de septiembre de 2009, sostuvo lo siguiente:

...la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración. (negrilla fuera de texto).

En una sentencia posterior (28 de Mayo de 2015), analizando un caso particular, el Consejo de Estado concluyó que tanto la expedición del acto administrativo que impone la sanción como su notificación deben efectuarse dentro de término de caducidad. Si el acto administrativo es expedido dentro del término, pero la notificación se hace luego de su vencimiento, se configura la caducidad y el acto administrativo queda viciado de nulidad por falta de competencia. En palabras del Consejo de Estado (Sentencia del 28 de Mayo de 2015):

...se configuró en este caso la violación del artículo 38 del C.C.A., en tanto que la resolución sancionatoria acusada se expidió y notificó por fuera de la oportunidad legal consagrada para ello. En consecuencia, prospera el cargo de falta de competencia propuesto en la demanda.

-Sobre la vigencia del acto administrativo que impone un cuota mínima de aprendices.

Como se expuso en acápites anteriores, la cuota mínima de aprendices que deben vincular o monetizar los empleadores es determinada mediante acto administrativo por la Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) del domicilio principal de la empresa (art. 11 del Decreto 933 de 2003). La obligación, por lo tanto, está vigente durante todo el tiempo en que permanezca firme el acto administrativo. Así lo determinó el Consejo de Estado mediante Sentencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), según la cual...

...una cosa es la periodicidad del contrato de aprendizaje con cada aprendiz y la de los respectivos cursos de capacitación, y otra cosa es la obligación que tiene todo patrono o empleador de mantener el número de aprendices que le señale el SENA...

(...)

En esas condiciones, era obligación permanente de la actora mantener contratados como aprendices 44 trabajadores mientras estuviere vigente la resolución Núm. 01049 de 11 de abril de 1996, mediante la cual la regional Bogotá-Cundinamarca le fijó la cuota en ese número.

La importancia de este aspecto radica en que, en ocasiones, los empleadores alegaban que el término de caducidad de la potestad sancionatoria del ICBF debía contabilizarse desde la verificación del incumplimiento concreto y no desde la cesación de éste. Según el Consejo de Estado, puesto que la obligación de cumplir con la cuota de aprendices es continuada, y el incumplimiento es además continuado, el término de caducidad debe contabilizarse desde el momento en que cese el incumplimiento. Esto ni implica, según la corporación, que el SENA no pueda ejercer la potestad sancionatoria durante el tiempo en que el empleador está incumpliendo su obligación. Así lo dispone en Sentencia del veintiocho (28) de Mayo de 2015:

...la obligación legal de respetar la cuota de aprendices es permanente y se extiende durante la vigencia del acto administrativo del SENA que asignó dicha cuota y que el incumplimiento de ese deber permanente constituye una falta administrativa continuada. Así mismo, se señaló que la Administración puede sancionar mientras el obligado incumpla y que, en todo caso, el término de caducidad de su facultad sancionatoria se empezará a contar a partir del día en que el empleador cesa en el incumplimiento de dicha obligación, teniendo en cuenta que se trata de una falta continuada.

-Sobre las facultades de las regionales del Sistema Nacional de Aprendizaje (SENA) y la obligación de informar acerca de las variaciones en el número de empleados.

En Sentencia del dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015), el tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunció acerca de los alcances del artículo 11 del Decreto 933 de 2003. Como sabemos, ese artículo asigna a las regionales del SENA la facultad de fijar el número mínimo de aprendices que deben vincular o monetizar los empleadores, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 33 de la Ley 789 de 2002; e indica cuál es el número de aprendices que corresponde a cada empresa, dependiendo del número de empleados; y establece qué procedimiento debe seguirse en el caso de existir una variación en el número de empleados: *“informar tal circunstancia a la Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, donde funcione el domicilio principal de la empresa, en los meses de julio y diciembre de cada año”*. La consecuencia de no presentar este informe es, según el mismo artículo, *“la imposición de las sanciones previstas en la Ley 119 de 1994”*.

Ahora bien, a pesar de que la norma es aparentemente clara, el tribunal destacó que en la práctica puede generarse un malentendido: puesto que es el mismo decreto que establece cuál es el número mínimo de aprendices que corresponden a cada empresa, dependiendo del número de empleados, las empresas suelen hacer los ajustes correspondientes sin dar previo aviso al SENA. En otras palabras, los empleadores incrementan o disminuyen el número de aprendices, para ajustarlo a los cambios en el número de empleados, sin dar previo aviso y sin que se expida un nuevo acto administrativo.

Según el Tribunal Superior de Cundinamarca, en estos casos los empleadores transgreden su obligación de dar aviso al SENA y son merecedores de la correspondiente sanción legal.

En Sentencia del dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015) estableció lo siguiente:

...cuando se presente variación en el número de empleados que incida en la cuota mínima de aprendices, ya sea porque la nómina de la empresa se incremente o se disminuya, es obligación de esta informar esa precisa situación al Sena en los meses de julio y diciembre de cada año y si no lo hace dicha conducta genera las sanciones respectivas.

(...)

es claro para la Sala que la sanción impuesta es jurídicamente válida sin que ahora pueda la entidad demandante alegar su propia omisión o negligencia, ello en aplicación del principio general del derecho según el cual nadie puede obtener provecho de su propia culpa condensado en el aforismo latino “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”

Analizando un caso particular, el Tribunal concluyó que no era procedente la nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que decretaba la sanción por incumplimiento. Para el Tribunal, las razones son básicamente dos: por una parte, la obligación de cumplir con una cuota mínima de aprendices no se deduce directamente de la ley, sino del acto administrativo proferido por el SENA. Por lo tanto, las empresas debe sujetarse estrictamente al número de aprendices expresado en el acto administrativo y no en el Decreto 933 de 2003. Y por otra parte, el SENA tiene la facultad de sancionar a las empresas que, no habiendo reportado las variaciones en el número de empleados, disminuyan el número de aprendices. En palabras del Tribunal, *“En este caso en concreto si la parte actora consideraba que el número de empleados de la empresa se había reducido a dos y como consecuencia de ello no tenía la obligación de contratar aprendices, tenía la obligación legal de reportar esa precisa información”*.

-Sobre la declaración judicial de caducidad en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Tribunal Superior de Cundinamarca se pronunció en Sentencia del veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015) acerca de las condiciones bajo las cuales es procedente declarar la caducidad de la potestad sancionatoria del SENA. La corporación analizó un caso particular en el que el SENA impuso la sanción a una empresa que, según las pruebas, había incumplido con la vinculación y monetización del número mínimo de aprendices determinado por la entidad. Estando inconforme con la sanción, la empresa privada interpuso acción (hoy medio de control) de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción administrativa, alegando que dentro del procedimiento administrativo se había vulnerado el derecho a la defensa y el debido proceso. No obstante, luego de agotado todo el proceso judicial, el juez de primera instancia decidió declarar la nulidad del acto administrativo que imponía la sanción por falta de competencia. El argumento del juez era que el SENA no era competente para proferir el acto administrativo sancionatorio porque el término de caducidad para proferirlo ya se había vencido.

El Tribunal Superior de Cundinamarca analizó el caso en la sentencia mencionada y concluyó que el juez de primera instancia se había equivocado en sus apreciaciones jurídicas. En efecto, sostuvo que era totalmente improcedente que se declarara la caducidad de la potestad sancionatoria y la subsiguiente nulidad del acto administrativo que imponía la sanción, cuando ninguna de las partes dentro del proceso había alegado la caducidad (es

decir, la falta de competencia de la autoridad por haberse vencido el término). El juez se limitó a declarar –en la sentencia- que el término había caducado, sin dar oportunidad a la entidad demandada (SENA) de controvertir los hechos que constituían la caducidad. Por lo tanto, la sentencia de primera instancia podía ser revocada.

No obstante, el Tribunal encontró que efectivamente el SENA había transgredido el derecho a la defensa y, en consecuencia, el derecho fundamental al debido proceso, en el trámite administrativo que culminó con la imposición de la sanción. Por lo tanto, aun cuando las razones para declarar la nulidad del acto administrativo no eran las alegadas por el juez de primera instancia, el acto administrativo debía declararse nulo. En palabras del Tribunal (Sentencia del veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)):

...considera la Sala que el juez de primera instancia excedió su competencia en el caso concreto al declarar la ocurrencia del fenómeno jurídico de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración sin que dicho tema haya sido planteado por ninguna de las partes dentro del proceso, hecho éste que afectó el derecho de defensa de la entidad demandada quien al desconocer que se le juzgaría por este aspecto no pudo ejercer defensa alguna frente al mismo.

...es claro que en el presente evento existió además, una vulneración del debido proceso durante la actuación administrativa que culminó con la expedición de los actos demandados razón suficiente para mantener la decisión de primera instancia de declarar su nulidad.

CAPÍTULO IV

6. TRABAJO DE CAMPO

Al inicio de la investigación, se le solicitó al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por medio de derecho de petición dirigido a la Dirección Regional de Antioquia- Grupo de Relaciones Corporativas²⁷; que se nos informara cuántas y cuál fue el valor de las sanciones que se le han impuesto a los empleadores que incumplieron con la vinculación o monetización de la cuota mínima de aprendices en el departamento de Antioquia en los últimos 5 años, es decir desde el año 2009 al 2014, y a partir de esto, se nos informara de igual manera cuál era el sector laboral en que es más común la aplicación de dichas sanciones o multas.

6.1. RESPUESTA POR PARTE DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA

Para esta petición, nos apoyamos en razones basadas en la constitución política, y la ley.

Sustentamos así, que:

1. La petición que contenía dicho derecho de petición, tenía como objetivo desarrollar fines académicos.

²⁷ Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA (2015). Seccional situada en el municipio de Medellín Calle 51 N 57-70. PBX: 5760000 ext. 42152.

2. Que además, en caso de tratarse de información reservada, debería motivar la misma a la consulta, mediante providencia, tal y como lo cita el artículo 21, de la Ley 57 de 1985, pues según este, “La Administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales pertinentes”.

3. Finalmente, en tal derecho de petición se argumentó que, hace parte de los principios de la función administrativa, los fines de los archivos, Ley 594 de 2000, tal y como se cita a continuación:

“ARTÍCULO 4°. Principios generales. Los principios generales que rigen la función archivística son los siguientes: a) Fines de los archivos. El objetivo esencial de los archivos es el de disponer de la documentación organizada, en tal forma que la información institucional sea recuperable para uso de la administración en el servicio al ciudadano y como fuente de la historia; Por lo mismo, los archivos harán suyos los fines esenciales del Estado, en particular los de servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y los de facilitar la participación de la comunidad y el control del ciudadano en las decisiones que los afecten, en los términos previstos por la ley...”

En respuesta al mencionado derecho de petición con que se inició esta monografía, la Coordinadora de Relaciones Corporativas e Internacionales del SENA, la señora Ana

Cecilia Cataño López de Mesa; basada en la Ley Estatutaria 1581 de 2012, fundamenta su respuesta en el artículo segundo: *“Ámbito de aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.”*

... Parágrafo. Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases de datos exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos, los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley”.

Posteriormente, al mencionar dicha Ley estatutaria, manifiesta que según la solicitud identificada con número de radicado 1-2014-018219, recibida por su dependencia el 19 de noviembre del año 2014; a partir de los cuestionamientos que realizamos a la entidad, el 22 de diciembre de 2014, responde que “deberá consultarse al Ministerio del Trabajo, entidad que por sus competencias es la encargada de adelantar el proceso administrativo de investigación y de sanción a los empleadores por las diversas violaciones a las normas laborales”.

Prosigue su argumentación a lo requerido diciendo que a lo solicitado sobre cuantas y cuál fue el valor de las sanciones que se le han impuesto a los empleadores en los últimos 5

años, desde el 2009 a 2014 en el departamento de Antioquia a causa del incumplimiento de las normas referidas a la vinculación o monetización de la cuota de aprendices: “para poder brindarle la información que requiere, el departamento de Cartera de esta regional, tendrá que entrar a discriminar cada uno de estos pagos y de esta forma, identificar a cada una de las empresas que los realizaron dentro de período que solicita”.

También afirman que la información requerida “no es de carácter público, conlleva datos de naturaleza especial de las empresas que se encuentran sancionadas, que la información hace parte del contenido de los títulos de carácter ejecutivos a favor de la entidad, de los cuales no se tiene autorización de ser divulgados y que al brindarlos, la entidad puede facilitar acciones fraudulentas de caer en manos equivocadas, razón por la cual no es posible otorgarle la información solicitada”.

Después de esta respuesta, se le contesta directamente a la Coordinadora de Relaciones Corporativas e Internacionales del SENA, la señora Ana Cecilia Cataño López de Mesa; con un nuevo derecho de petición enviado el 16 de febrero del año 2015, donde respetuosamente se le informa que:

1. Referente a la respuesta donde indica que “deberá consultarse al Ministerio del Trabajo, entidad que por sus competencias es la encargada de adelantar el proceso administrativo de investigación y de sanción a los empleadores por las diversas violaciones a las normas laborales”; se remita dicha solicitud al Ministerio del Trabajo, que en este caso es la autoridad competente, pues las entidades estatales con el fin de brindar una protección

constitucional en materia de efectividad del derecho de petición impide que las autoridades rechacen las peticiones por razón de competencia, aquella autoridad que reciba el derecho de petición no puede alegar su falta de competencia para no responderlo, esta tiene la obligación de remitirlo a quien si tenga esa competencia.

2. Se remita al Departamento de esa Regional para que se discrimine cada uno de los pagos, dado que se da el mismo efecto y razones presentadas en el anterior numeral.

Fue importante indicarle al Servicio Nacional de Aprendizaje que , de igual manera la información requerida sobre el valor de las sanciones que se le han impuesto a los empleadores que incumplieron con la vinculación o monetización de la cuota mínima de aprendices, y el sector laboral en que es más común la aplicación de dichas sanciones no requiere la revelación de datos personales de los sancionados, puesto que solo se estaban solicitando los datos meramente estadísticos del asunto, no se requería información confidencial, privilegiada o personal de los mismos.

Es de igual forma esencial destacar que dicha información, tampoco se encuentra amparada por reserva legal o constitucional como se refería en la respuesta que se nos había sido otorgada, y tampoco necesita autorización para ser divulgada, pues según el literal 10, artículo 10 de la Ley Estatutaria de 1581 de 2012, que contiene los casos en que no es necesaria la autorización expresa, de hecho por nombramiento taxativo que aporta la norma, en la sección D, se menciona que la autorización del titular de la información no

será necesario cuando se dé tratamiento de información para fines históricos, estadísticos o científicos.

Según el artículo 74 de la Constitución Política Colombiana, toda persona tiene derecho a acceder a los documentos públicos, salvo aquellos casos establecidos expresamente en la ley; por su parte el artículo 12 de la ley 57 de 1985 dispone que todas las personas tienen el derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que en dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley. De ser contrario, le solicitamos respetuosamente que nos indicara la ley consecuente con esta restricción.

Como lo anterior, mediante sentencia T-414 de 2010, la Corte Constitucional se refirió a la clasificación de la información en los siguientes términos, para efectos de determinar el derecho de acceso a los documentos públicos:

(...) la información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno.”

Al realizar las anteriores apreciaciones, se buscó solicitar de nuevo las mismas pretensiones que se expresaron en el primer derecho de petición. El 15 de marzo de 2015 arribó a la Universidad EAFIT la respuesta a el segundo derecho de petición enviado al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al cual le fue asignado el radicado número 1-2015-001214.

La respuesta fue conferida en referencia a lo pedido, afirmando que “en ningún momento este despacho rechazó tal derecho de petición en razón a nuestra falta de competencia, y mucho menos alegamos esta para dejar de responderlo, como usted lo cita. Todo lo contrario, recibimos su primer derecho de petición bajo el número de radicado 1-2014-018219 del 19/11/2014, al cual le dimos su debido trámite y respuesta dentro de los términos y con la celeridad del caso, tal y como consta en la respuesta a la solicitud con el radicado 023055 dentro de los términos y con la celeridad del caso, donde se le indicó exactamente cuál era la entidad competente a quien debía dirigir los interrogantes planeados en los numerados 2, 3 y 4 de dicha solicitud, ya que usted presentó un solo escrito con solicitudes de información que atañen a dos entidades distintas, y no contábamos con otro original o copia íntegra para dar traslado al Ministerio de este asunto, toda vez que existía un interrogante del numerado uno que sí nos correspondía responder a nosotros y para lo cual debimos dejar esa única solicitud en nuestro expediente. No obstante se le dio pleno conocimiento ante que autoridad debía dirigirse, y en esa oportunidad lo volvimos a ratificar”.

Seguidamente, ya que según la entidad solo tiene competencia en la primera solicitud²⁸, refiere que dado que no se requiere la revelación de datos personales de los sancionados puestos que solo se estaban siendo solicitados los datos meramente estadísticos del asunto, no se requería información confidencial, privilegiada o personal de los mismos.

Describe que la ley Estatutaria 1581 de 2012 mediante la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, señala la importancia en el tratamiento de la información tal como lo corrobora la sentencia de la Corte Constitucional C-748 de 2011 donde se estableció el control de constitucionalidad de la ley en mención que busca proteger los datos de las personas registradas en cualquier base de datos, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión (tratamiento) por parte de entidades de naturaleza pública o privada.

La entidad concede la posibilidad de acceder a los datos solicitados aseverando: “En razón a lo anterior se concederá a la peticionaria el derecho a conocer esta información previo a los siguientes requisitos: Acreditar mediante certificación de Decanatura de su facultad de la Universidad EAFIT, que usted está actualmente desarrollando su proyecto de tesis de grado, cual es el título o nombre y en que se relaciona con la información que usted solicita ante nuestra entidad”.

²⁸ “Cuántas y cuál fue el valor de las sanciones que se le han impuesto a los empleadores en los últimos 5 años, desde el 2009 a 2014 en el departamento de Antioquia a causa del incumplimiento de las normas referidas a la vinculación o monetización de la cuota de aprendices”

Al adherirse a los requisitos solicitados por la entidad, la estudiante Tatiana Cardona Rojas, se acercó a las oficinas seccionales de la entidad, donde después de acreditar la necesidad de la información para esta monografía, el señor David Esteban Campillo Montoya, Técnico de cobro de cartera del departamento Relaciones Corporativas e Internacionales del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Dirección Regional Antioquia; le trasmite personalmente cierta información sobre las sanciones que se le han impuesto a los empleadores que incumplieron con la vinculación o monetización de la cuota mínima de aprendices en el departamento de Antioquia:

1. En relación a los empleadores, quienes decidieron monetizar la cuota de aprendizaje, deben por obligación pagarle al Servicio Nacional de Aprendizaje una cuota mensual del cinco por ciento por el número total de trabajadores fijos que tenga la empresa, por un salario mínimo legal vigente.
2. Se puede dar que la monetización sea solo una parte de lo adeudado y que tengan en parte aprendices contratados y otra parte monetizada, en este caso el cobro de ese cinco por ciento, también será proporcional al número de aprendices que dejen de hacer la práctica para cumplir la cuota mínima obligatoria²⁹.

²⁹ Se debe además tener en cuenta que según el artículo 3 del Decreto 620 de 2005, para determinar la cuota de aprendices en empresas en las que sus trabajadores laboren menos de la jornada ordinaria de trabajo, se deberá sumar las horas laboradas por los trabajadores con dicha jornada y dividir las por el número de horas correspondientes a la jornada máxima legal diaria. El resultado de dicha operación corresponderá al número de trabajadores sobre el cual se determinará la cuota mínima de aprendices.

3. El ochenta por ciento de lo recaudado por concepto monetización de la cuota de aprendices, se dirige al fondo Emprender; y ese dinero no pasa por la cartera financiera o contable del Servicio Nacional de Aprendizaje, sin embargo, el veinte por ciento restante sí se invierte en la misma institución, pues el SENA al tener autonomía administrativa y financiera estos recursos no pasan por la contabilidad del Ministerio del Trabajo.

4. En el proceso de cobro, en primer lugar, los empleados del SENA encargados del mismo llamados fiscalizadores³⁰, envían la liquidación de lo adeudado por no contratar el número de aprendices que debe tener cada empresa en específico.

En segundo lugar, se les dan treinta (30) días de plazo para que la empresa de una respuesta sobre la forma en que van a pagar la monetización pues estas tienen la opción de:

a) Monetizar cada contrato de aprendizaje incumplido, el valor de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del incumplimiento, liquidados mensualmente o por fracción de mes.

b) La contratación de los aprendices dejados de contratar por el tiempo del incumplimiento, adicionales a los de la cuota ordinaria obligatoria. Hay que tener en cuenta en este punto

³⁰ Artículo 3, Acuerdo 4 de 2014. Por el cual se modifican los artículos 5o, 7o y 8o del Acuerdo número 0002 de 2013. Recuperado de : http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/acuerdo_sena_0004_2014.htm Fiscalización: Conjunto de actividades tendientes a garantizar el recaudo efectivo del aporte parafiscal y/o el debido cumplimiento de la cuota regulada de aprendices con destino al SENA como obligación del empresario, mediante la detección, prevención y erradicación de la evasión, morosidad y elusión de dichos aportes y/o contratación de aprendices. Esta etapa inicia con la generación de la base de datos, la selección de empleadores evasores, elusores o morosos y termina, ya sea cuando se verifica el cumplimiento o no del pago de las sumas adeudadas por concepto de aportes parafiscales y/o cumplimiento o incumplimiento de la cuota regulada de aprendices por parte del empresario.

que los aprendices objeto de dicha compensación deberán ser patrocinados en la fase lectiva y práctica.

En tercer lugar, las visitas que realizan a solicitud de los fiscalizadores de la entidad, los cuales se dirigen a las empresas como un estado de cuenta³¹, revisan y concilian dicha deuda de los empresarios, si se logra conciliar, de acuerdo a la normatividad vigente se le explican las formas de pago; pero si el empresario no acepta dicha deuda, el fiscalizador debe entregar esa liquidación al abogado de vía gubernativa, para iniciar el proceso sancionatorio, luego de terminado este proceso, y quedado ejecutoriado dicho acto administrativo.

Se cuenta con un mes para realizar el cobro persuasivo de la deuda, el cual se realiza por medio de cartas, llamadas, y citas con el empresario, donde se le explican las formas de pago de contado o por medio de acuerdo de pago; de no lograrse el pago de la deuda por ninguna de esas formas de pago, se da traslado a la oficina de cobro coactivo³² para su respectivo trámite de cobro³³.

³¹ Artículo 3, Acuerdo 4 de 2014. Por el cual se modifican los artículos 5o, 7o y 8o del Acuerdo número 0002 de 2013. Recuperado de : http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/acuerdo_sena_0004_2014.htm El estado de cuenta, es el documento generado por el fiscalizador dentro de la etapa de fiscalización, el cual contempla el análisis de los incumplimientos de la cuota regulada o de la monetización, teniendo en cuenta la revisión de los contratos y los pagos realizados por concepto de monetización que tenga el empresario, así como los demás documentos que considere el Sena necesario revisar o que presente el empleador. En este documento se deberá expresar como mínimo, la cuota fijada y la Resolución que la establece, el(los) contrato(s) dejado(s) de cumplir o el valor de la monetización dejadas de pagar, y el periodo del incumplimiento por cada aprendiz.

³² Artículo 3, Acuerdo 4 de 2014. Por el cual se modifican los artículos 5o, 7o y 8o del Acuerdo número 0002 de 2013. Recuperado de : http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/acuerdo_sena_0004_2014.htm Cobro coactivo: Es la potestad jurisdiccional asignada por la ley a las entidades públicas, para que por sus propios medios hagan efectivos los créditos, finanzas, cauciones, indemnizaciones, obligaciones, multas, sanciones y en general toda acreencia que legalmente se causen a su favor.

³³ Artículo 3, Acuerdo 4 de 2014. Por el cual se modifican los artículos 5o, 7o y 8o del Acuerdo número 0002 de 2013. Recuperado de : http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/acuerdo_sena_0004_2014.htm Procedimiento de cobro coactivo: Las entidades públicas pueden cobrar directamente sus obligaciones sin necesidad de acudir a ningún funcionario judicial, aplicando los procedimientos contemplados en el Estatuto Tributario, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y el nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

5. Por último, el funcionario ya mencionado, Diego Esteban Campillo Montoya, fue la persona encargada de brindarnos la información sobre el procedimiento real que emplea la entidad ante el cobro de la monetización, afirma que si el incumplimiento parcial o total fue en el pago de la monetización, se debe especificar puntualmente que la empresa deberá pagar por concepto de la obligación principal el valor de la monetización que no efectuó oportunamente y los intereses moratorios diarios conforme a la tasa máxima prevista por la Superintendencia Financiera, los cuales deberán liquidarse hasta el día en que se realice el pago correspondiente.

En caso de que el empleador no cancele el estado de cuenta dentro de la etapa de fiscalización, este se incluirá dentro de la resolución de multa que se expida al cabo del proceso sancionatorio. Una vez quede en firme, la resolución de multa presta mérito ejecutivo; el Coordinador de Relaciones Corporativas e Internacionales o quien haga sus veces en la regional, hará al deudor el requerimiento de pago; si no se obtuviere el pago, será objeto de cobro coactivo por la respectiva regional, para lo cual el mencionado Coordinador remitirá la actuación al Despacho de Cobro Coactivo de la regional.

6. De manera cuantitativa afirma que, son muy pocas empresas que se decantan por la opción de la monetización sin integración de aprendices a sus compañías; las pocas empresas que efectivamente toman esta decisión, afirman que es más beneficioso para ellas pagar lo correspondiente al monto de monetización al SENA, que contratar un aprendiz puesto que no le son productivos o eficientes, toda vez que se al tratarse de personas que

están apenas aprendiendo la labor, y que sus compañías manejan procesos delicados, necesitan que constantemente se realice la labor por personas con experiencia ya que en el caso contrario, un aprendiz simplemente les ocasionaría pérdida de tiempo y retrasos en procesos de capacitación, y que en últimas es inservible ya que por el poco tiempo de la implementación de las fases prácticas, no se aprovecha lo aprendido una vez se ha adquirido la experiencia por parte del aprendiz.

El trabajador encargado de brindarnos la información, nos anunció que basados en el Artículo segundo del Acuerdo 4 de 2014, el cual Modificó el artículo 7 del Acuerdo número 0002 del 2013, se mejoró la graduación de multas por incumplimiento del contrato de aprendizaje, quedando así:

Tabla 1. Graduación de multas

ESTADO

MULTA

| | |
|---|-----------------------------------|
| El Sena NO ha proferido resolución de multa por concepto de contrato de aprendizaje. | Equivalente al 11% de UN SMLMV |
| El Sena ha proferido una (1) resolución de multa por concepto de contrato de aprendizaje | Equivalente al 15% de UN SMLMV |
| El Sena ha proferido dos (2) resoluciones de multa por concepto de contrato de aprendizaje | Equivalente al 20% de UN SMLMV |
| El Sena ha proferido tres (3) resoluciones de | Equivalente al 75% de UN |

| | |
|--|------------------------------------|
| multa por concepto de contrato de aprendizaje | SMLMV |
| El Sena ha proferido cuatro (4) resoluciones de multa por concepto de contrato de aprendizaje | Equivalente al 100% de UN SMLMV |

Después de ser precisada esta información por el empleado encargado en la entidad, accedieron a aportar digitalmente, los valores de las sanciones que se le han impuesto a los empleadores en los últimos 5 años, desde el 2009 a 2014 en el departamento de Antioquia a causa del incumplimiento de las normas referidas a la vinculación o monetización de la cuota de aprendices.

La tabla aportada arrojó los siguientes resultados³⁴:

1. De los 3.741 procesos que llevaron por el no cumplimiento de la cuota de aprendices desde el 2009 a 2014 en el departamento de Antioquia, a 640 se les sancionó con multa al no ponerse al día con el estado de cuenta aportado después de la etapa de fiscalización, producto del incumplimiento la cuota de aprendices.
2. Del resto de entidades que fueron investigadas, 680 empresas para suplir con la deuda que tenían, contrataron aprendices en proporción al requerimiento actual, y los demás necesarios para pagar la deuda de los anteriores años adeudados.

³⁴ Anexo a la monografía.

3. 1.501 empresas financiaron su incumplimiento con la cuota, es decir que estas empresas le solicitaron al SENA pagar su deuda y que combinaron el pago de la monetización a cuotas que les resultara más fácil para cancelar la deuda.

4. De las 2.185 empresas que fueron investigadas pero no multadas, dos de ellas tomaron la opción de formar directamente a los aprendices, de esta manera las empresas imparten por si mismas la formación educativa³⁵; una en el año 2009 con un estado de cuenta de \$1.461.809 de pesos y la otra, en año 2012 por una valor restante de \$32.897 de pesos.

5. Por último, solo dos de las empresas las cuales no fueron sancionadas con multa, pero si se les presentó el estado de cuenta con lo adeudado, pagaron completamente la monetización, sin requerimiento de financiación y que de forma cumplida, al momento de realizársele el requerimiento pagaron por lo solicitado en el estado de cuenta, una en el año 2009 por valor de \$2.070.375 de pesos, la segunda por un valor de \$5.191.200 de pesos en el año 2011.

Después de obtener esta información del SENA, se le realizó el último derecho de petición el 05 de mayo del año 2015, el cual se destinó a la misma dirección encargada del cobro de

³⁵ Ministerio de Trabajo. Recuperado de : <http://www.mintrabajo.gov.co/movilidad-y-formacion-para-el-trabajo/abc-contrato.html> . El SENA autoriza este tipo de formación en cumplimiento de las siguientes condiciones: 1. Ofrecer un contenido de formación lectiva y práctica acorde con las necesidades de la formación y del mercado de trabajo. 2. Disponer de recursos humanos calificados en las áreas en que ejecuten los programas de formación. 3. Garantizar, directamente o a través de convenios con terceros, los recursos técnicos, pedagógicos y administrativos que permitan su adecuada implementación.

cartera pendiente por incumplimiento a la cuota de aprendices, donde se le solicitó explicaciones sobre cómo se realizaba el proceso de cobro a aquellas empresas que han sido sancionadas, cuál es el mecanismo de visitas a las empresas que se les hace seguimiento, como son las posibilidades de pago y financiación de tal cobro y por último, se explicara cuál es la destinación otorgada al dinero recolectado fruto del cobro efectivo de lo correspondiente a la monetización de la cuota de aprendices, al igual que se le requirió, que de ser posible se adjuntara con un documento que soportara dicha respuesta.

Para ello el 25 de mayo del año 2015, la Coordinadora de Relaciones Corporativas e Internacionales del SENA, la señora Ana Cecilia Cataño López de Mesa, respondiendo nuestra petición, la cual se identifica con el número de radicado 1-2015-003700; y en dicha respuesta, de distingue que “las visitas se realizan por asignación a cada uno de los fiscalizadores de la entidad, los cuales se dirigen a las empresas con un estado de cuenta, con el fin de revisar y conciliar dicha deuda con los empresarios, si se logra conciliar, de acuerdo a la normatividad vigente se le explican las formas de pago; pero si el empresario no acepta dicha deuda, el fiscalizador debe entregar dicha liquidación al abogado de Vía Gubernativa, para iniciar el proceso sancionatorio de acuerdo a la ley 1437 de 2011, luego de terminado este proceso y quedando ejecutoriado dicho acto administrativo, se cuenta con un mes para realizar el cobro persuasivo de la deuda, el cual se realiza por medio de cartas, llamadas y citas con el empresario, donde se le explican las formas de pago de contado o por medio de acuerdo de pago; de no lograrse la cancelación de la deuda por medio de ninguna de estas formas, se da traslado a la oficina de cobro coactivo para su respectivo trámite de cobro”.

Finalmente, sobre la destinación de la monetización realizada por las empresas, se limitaron a mencionar que se encuentra sustentada en la norma legal vigente, los artículos 40 y 41 Ley 789 de 2002 y el artículo 13 Decreto 933 de 2003.

Resultados anuales:

| Año | Resultado |
|------|--|
| 2009 | Se presentaron 21 multas por incumplimiento de los empresarios que se negaron a contratar aprendices o monetizar la cuota prevista, que sumaron \$217.580.762 pesos. |
| 2010 | Se impusieron 61 multas por incumplimiento, con un valor de \$ 232.937.335 pesos |
| 2011 | Se impusieron 87 multas por incumplimiento, de las cuales llegó a la suma de \$365.184.290 pesos en su monto. |
| 2012 | Se impusieron 197 multas, de las cuales se derivó un monto de \$1.230.749.813 pesos. |

| | |
|------|--|
| 2013 | Se impusieron 275 multas para un valor de \$1.998.319.879 pesos |
| 2014 | Se impusieron 361 multas con un valor de \$1.998.319.879 pesos en total. |

6.2. RESPUESTA FONDO EMPRENDER

Después de la evasiva declaración del SENA para que se nos informara sobre la destinación específica del dinero, se resolvió preguntar al FONDO EMPRENDER sobre cuál era la destinación real que le estaban dando a dicho dinero, porque si bien la norma claramente expresa que tiene como objeto promover y financiar las iniciativas empresariales que provengan y sean desarrolladas por aprendices, asociaciones de aprendices, practicantes universitarios o profesionales cuya formación se esté realizando o se haya realizado en entidades educativas reconocidas por el Estado; para ellos se destina el ochenta por ciento de los recaudos por monetización.

Por lo anterior, la estudiante María Antonia González Gálvez, en ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política presentó de manera respetuosa una nueva petición ante Servicio Nacional de Aprendizaje- Sena.

Este derecho de petición solicitaba lo que se enuncia a continuación:

1. Se informara de forma clara y suficiente sobre el monto en pesos de los recursos enviados al fondo emprender proveniente de monetización de la cuota de aprendizaje que ustedes implementan.

2. Se requirió comedidamente se manifestara cuántos financiamientos se han hecho por parte del Fondo Emprender a los solicitantes y cuál ha sido su monto, y además se aclaró que no se requería la información personal de los beneficiados sino el número de beneficiados y el monto de cada estancia.

Se direccionó tal petición al Sistema Nacional de Aprendizaje, en tanto que si bien el Fondo Emprender es una cuenta independiente y especial, dicho fondo está adscrito y es administrado por el SENA, el cual que se rige por las normas del derecho privado³⁶.

Para esta petición nos basamos en la Ley 1266 de 1998 fundamentado que el artículo cuatro establece los *“Principios de la administración de datos. En el desarrollo, interpretación y aplicación de la presente ley, se tendrán en cuenta, de manera armónica e integral, los principios que a continuación se establecen.*

a) Principio de veracidad o calidad de los registros o datos. La información contenida en los bancos de datos debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y

³⁶ Creado mediante el artículo 40 de la Ley 789 de 2002 y fue reglamentado por el Decreto 934 de 2003

comprensible. Se prohíbe el registro y divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error;

Adicionalmente, expresamos que el artículo 8 habla de los “deberes de las fuentes de la información. Las fuentes de la información deberán cumplir las siguientes obligaciones, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad.

#7. Resolver los reclamos y peticiones del titular en la forma en que se regula en la presente ley”.

Se citó también la Ley 1755 de 2015 en el artículo 14 habla de los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones: Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres días siguientes”.

Para esto, por vía correo electrónico, se respondió lo solicitado por la estudiante el día 6 de agosto de 2015, la respuesta se encuentra identificada con el número de radicado 1-2015-006744, en este se aseveró que por concepto de monetización se han girado recursos para la operación y desarrollo del Fondo Emprender por un valor de \$375.864.583.355 de pesos a corte de comienzo del presente año.

Además que el Fondo Emprender en el desarrollo de su misión y mediante el proceso de convocatoria pública ha otorgado de la siguiente manera, capital semilla a partir de la celebración de contratos de cooperación empresarial así:

Tabla 2. Recursos asignados por el Fondo Emprender

| Regional | Proyectos Apoyados | Recursos Asignados | Empleos verificados |
|----------------------------|---------------------------|---------------------------|----------------------------|
| Amazonas | 17 | 1.019.781.700 | 18 |
| Antioquia | 290 | 19.252.864.800 | 1017 |
| Arauca | 39 | 3.182.771.800 | 84 |
| Archipiélago de San Andrés | 24 | 1.923.160.400 | 29 |

| | | | |
|--------------|-----|----------------|------|
| Atlántico | 149 | 10.732.680.700 | 562 |
| Bogotá D.C | 499 | 34.395.276.947 | 1667 |
| Bolívar | 118 | 7.518.775.400 | 311 |
| Boyacá | 209 | 14.289.384.800 | 780 |
| Caldas | 156 | 9.728.491.000 | 604 |
| Caquetá | 161 | 12.655.583.200 | 512 |
| Casanare | 19 | 1.508.746.000 | 53 |
| Cauca | 323 | 19.561.257.226 | 1139 |
| Cesar | 96 | 5.544.581.651 | 194 |
| Chocó | 23 | 1.548.878.000 | 19 |
| Córdoba | 48 | 3.513.763.600 | 184 |
| Cundinamarca | 198 | 13.154.350.900 | 681 |
| Guainía | 11 | 724.320.300 | 10 |

| | | | |
|--------------------|-----|----------------|------|
| Guaviare | 33 | 1.999.618.400 | 80 |
| Huila | 487 | 32.290.206.000 | 2079 |
| La Guajira | 51 | 3.077.092.600 | 156 |
| Magdalena | 26 | 1.658.505.500 | 62 |
| Meta | 38 | 2.799.603.300 | 84 |
| Nariño | 255 | 18.479.665.300 | 852 |
| Norte de Santander | 137 | 8.090.382.700 | 432 |
| Putumayo | 38 | 2.547.296.600 | 70 |
| Quindío | 86 | 6.624.994.100 | 458 |
| Risaralda | 190 | 12.739.727.100 | 588 |
| Santander | 170 | 12.494.996.600 | 716 |
| Sucre | 155 | 11.387.920.700 | 715 |
| Tolima | 188 | 13.682.417.900 | 561 |

| | | | |
|----------------------|-------------|------------------------|--------------|
| Valle del Cauca | 319 | 21.744.889.300 | 1037 |
| Vaupés | 4 | 274.726.000 | 5 |
| Total general | 4557 | 310.146.710.524 | 15759 |

Finaliza el Fondo Emprender asegurando que esta es toda la información que nos pueden brindar toda vez que por tratarse de información patrimonial no se puede dar mayores alcances.

CAPÍTULO V

7. CONCLUSIONES

Con base en el análisis efectuado en el presente trabajo es posible formular algunas conclusiones específicas acerca de cada uno de los temas abordados.

En primer lugar, es claro que existen diferencias puntuales entre el contrato de aprendizaje previsto en la Ley 789 de 2002 y el contrato laboral regulado en el Código Sustantivo del Trabajo. El contrato de aprendizaje sólo admite subordinación en las labores tendientes a cumplir con las tareas propias del proceso de formación, a diferencia del contrato laboral donde el trabajador puede desarrollar tareas que no estén directamente relacionadas con el

objetivo para el cual se dio inicio a su contrato. De igual manera, el propósito central del contrato de aprendizaje no es proporcionar al trabajador estabilidad laboral y financiera, como ocurre en el contrato laboral, sino culminar el proceso de formación y fortalecer la adquisición de competencias laborales. Finalmente, el contrato de aprendizaje está sometido a un régimen especial (Ley 789 de 2002) que consagra varias disposiciones específicas: el contrato sólo puede ser celebrado por un término de duración limitado, correspondiente a la duración prevista en programa de formación, y en ningún caso superior a dos años; no puede ser objeto de prórrogas; está diseñado para que sean únicamente los aprendices quienes lo suscriban; y consagra una forma especial de afiliación al sistema de seguridad social, en la que el empleador efectúa las cotizaciones completas al Sistema de Salud y al Sistema de Riesgos Laborales, sin descontar ningún porcentaje a la remuneración que recibe el aprendiz.

En segundo lugar, en el proceso de investigación pudieron identificarse algunas prácticas que socavan los propósitos esenciales del contrato de aprendizaje. Aunque la finalidad de este tipo de vinculación es que los aprendices adquieran conocimiento práctico y puedan incorporarse en el mundo laboral, muchos empleadores están interesados sólo en evitar la sanción que pueden recibir en caso de incumplimiento. Su interés primordial no es que el aprendiz adquiera efectivamente los conocimientos prácticos y se convierta en un agente productivo de la empresa, por lo que no le proporcionan la enseñanza requerida.

En tercer lugar, el análisis de las normas que regulan el contrato de aprendizaje permite concluir que el trato diferenciado que se da a los aprendices en relación con los demás

empleados de las empresas no está viciado de inconstitucionalidad. Por un lado, porque la contratación de aprendices es una carga que impone la ley a los empleadores para contribuir a la formación práctica y a la inserción laboral de los estudiantes. Y por otro lado, porque a pesar de que los beneficios económicos de los aprendices suelen ser inferiores a los beneficios que reciben otros empleados, lo cierto es que también reciben otros privilegios como la enseñanza práctica y una relación de subordinación orientada a la enseñanza. Así las cosas, la retribución económica que perciben los estudiantes durante la vigencia del contrato de aprendizaje no pueden verse como discriminatoria o abusiva.

En cuarto lugar, el análisis normativo de la Ley 789 de 2002 y sus correspondientes decretos reglamentarios permiten concluir que el ordenamiento jurídico no consagra mecanismos efectivos para evitar que los aprendices queden en simples cargos operativos y para exigir de los empleadores un mayor compromiso con el proceso de aprendizaje. La Ley se limita a señalar que el contrato de aprendizaje debe estar orientado a la “formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación” (art. 30 Ley 789 de 2002), pero no indica mecanismos jurídicos efectivos para hacer que esto se cumpla al interior de las empresas.

En quinto lugar, al realizar un análisis de la información proporcionada por el SENA sobre cuál es la cantidad de empresas sancionadas entre los años 2009 y 2014 se puede evidenciar que en Antioquia se ha venido desarrollando un acelerado aumento del número de establecimientos sancionadas por el incumplimiento, con un aumento de casi el 46% anual. De los años tomados como referencia para la investigación, se destaca que se inició con 21

casos de sancionados para el año 2009 y se llegó hasta 361 casos para el 2014. Es probable que este aumento se deba los constantes cambios y mejoras a las sanciones a las que se encuentra expuesto el empleador en caso de no cumplir con la cuota de aprendices, tal y como sucede con la última reforma dictaminada por el acuerdo 4 de 2014, que estableció la concreta graduación de multas por incumplimiento al contrato de aprendizaje.

Se puede rescatar del anterior análisis, que las empresas no han venido creando consciencia sobre las necesidades de la generación de empleo para este tipo de trabajadores que desean iniciar sus actividades y que necesitan poner en práctica lo estudiado, sino que se evidencia que prefieren muchas veces dejar pasar por alto la obligación de contratar o monetizar la cuota de aprendices, en vez de implementar las medidas que son establecidas para la contratación y vinculación de estos estudiantes.

En sexto lugar, un análisis detallado de las normas que regulan la imposición de sanciones a los empleadores que incumplen con la obligación de vincular o monetizar empleados permite concluir que existe un desbalance de poderes. Los fiscalizadores del SENA son los únicos encargados del proceso sancionatorio, por lo que las sanciones que son impuestas a cada empleador dependen en única instancia de cada fiscalizador que le hace seguimiento a las empresas. Esto hace que predomine la discrecionalidad en cada una de las etapas: el inicio de la investigación, las visitas, la recolección de pruebas, la imposición de la sanción y el cobro, por lo que es el SENA, en última instancia, la única entidad que investiga y sanciona simultáneamente a las empresas que incumplen con la cuota de aprendices que ella misma exige.

En séptimo lugar, la obtención de datos del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y del Fondo Emprender permitió concluir que las entidades no cuentan con datos estadísticos organizados a disposición de los ciudadanos acerca del cumplimiento de las sanciones impuestas a los empleadores que se encuentran obligados a contratar cierta cantidad de aprendices de acuerdo a las características específicas de cada empresa.

En octavo lugar, el análisis normativo permite concluir que la función de inspección, control y vigilancia que sobre la materia deben ejercer el Ministerio del Trabajo y el SENA es ejercida en la actualidad solo por el SENA. En efecto, según el artículo 13 de la Ley 119 de 1994, una de las funciones del SENA consiste en asignar las multas correspondientes a las empresas que no hayan suscrito los contratos de aprendizaje requeridos. Igualmente, de conformidad con el capítulo segundo del Decreto 933 de 2003, le corresponde al SENA determinar la cuota mínima de aprendices en las empresas y, dado el caso, concederles la opción de monetizar. Y en igual sentido, el artículo 22 del mismo decreto dispone expresamente que las facultades de vigilancia y control del cumplimiento de la cuota de aprendices que a cada patrocinador le corresponda corresponde al SENA.

Adicionalmente, sobre las funciones asignadas al Consejo Directivo Nacional del SENA en el numeral 15 del artículo tercero del Decreto 249 de 2004, se dispone que debe “proferir la normatividad necesaria para la aplicación del contrato de aprendizaje”, por lo que el artículo segundo del Acuerdo 4 de 2014, establece la graduación de multas por

incumplimiento del contrato de aprendizaje, por parte del Consejo Directivo Nacional de Aprendizaje, SENA.

Por su parte, el Ministerio de Trabajo ha venido desempeñando funciones más relacionadas con el fomento del empleo, desarrollando herramientas tanto para el trabajador como para el empleador. Así, a través de la “Red de Empleo”, administrada por el Ministerio, los empleadores pueden publicar las ofertas laborales disponibles en su empresa y aquellos que requieren un empleo pueden encontrarlo allí. Adicionalmente, esta red cuenta con un módulo de empleo que permite el registro de estudiantes universitarios y aprendices en listas para la obtención de un trabajo

Atendiendo la normatividad citada, es evidente que el Servicio Nacional de Aprendizaje es quien establece los parámetros para imponer sanciones, inspecciona, vigila y controla a los empresarios que incumplan con la cuota mínima de aprendices o monetización, y que esta función no le pertenece a la Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión del Ministerio del Trabajo, sino que la efectiva imposición de las sanciones, inspección, vigilancia y control cuando el empleador incumple con la cuota o con la monetización se encuentra a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

En noveno lugar, el trabajo de campo realizado en el SENA mostró que e los empresarios colombianos consideran más beneficioso monetizar la cuota de aprendices en vez de vincularlos laboralmente. Según las compañías, cuando monetizan un aprendiz se reducen los riesgos y el tiempo invertido en formación, lo que repercute en una mayor

productividad de los trabajadores contratados. A su vez, la empresa se ahorra los recursos necesarios para la adecuación de un nuevo puesto de trabajo y para el pago de las prestaciones sociales (salud y riesgos laborales).

En décimo lugar, al realizar un análisis de los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pudieron identificar algunas precisiones acerca de la caducidad de la potestad sancionatoria del SENA. Los altos tribunales determinaron, por una parte, que la obligación de vincular o monetizar la cuota mínima de aprendices es una obligación permanente que tiene vigencia mientras el acto administrativo no sea revocado. Por lo tanto, los incumplimientos en los que incurren los empleadores al no vincular o monetizar la cuota mínima de aprendices tiene un carácter permanente. Ello implica, según el Consejo de Estado, que el término de caducidad de la potestad sancionatoria del SENA deba contabilizarse desde el momento en que el empleador cesa los actos de incumplimiento y no desde el momento en que se profiere el acto administrativo o desde el momento en que se dan incumplimientos específicos. En otras palabras, el incumplimiento de la obligación de vincular o monetizar la cuota mínima debe tomarse con un acto único, y la potestad sancionatoria del SENA sólo caduca cuando han transcurrido tres años desde el momento en que el empleador da término a ese acto único.

Y finalmente, es necesario resaltar la importancia que ha tenido la figura del contrato de aprendizaje en Colombia desde su creación. Miles de estudiantes han podido realizar una inserción exitosa en su vida laboral gracias a su vinculación con empresas interesadas en

proporcionarles una formación teórico-práctica. Un buen ejemplo lo constituye el actual presidente del Grupo Argos, multinacional antioqueña de la construcción, quien comenzó sus labores en la empresa como un practicante universitario y ahora lidera toda la compañía.

8. REFERENCIAS

Código Sustantivo del Trabajo

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 57 de 1985. Por la cual se ordena la publicidad de acto y documentos oficiales.

Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 37.056 del 12 de julio de 1985.

Colombia.

Ley 119 de 1994. Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 41.216 del 6 de febrero de 1994. Colombia.

Ley 1266 de 1998. Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 47.219 del 31 de diciembre de 2008. Colombia.

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. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 45.046 del 27 de diciembre de 2002. Colombia.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011. Colombia.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 48.489 del 12 de julio de 2012. Colombia.

Ley Estatutaria 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 48.587 del 18 de octubre de 2012. Colombia.

Ley 1610 de 2013. Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial del 2 de enero de 2013. Colombia.

Decreto 118 de 1957. Por el cual se decretan aumentos de salarios, se establece el subsidio familiar y se crea el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 29.441 del 24 de julio de 1957. Colombia.

Decreto 249 de 2004. Por el cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 45.445 del 29 de enero de 2004. Colombia.

Decreto 620 de 2005. Por el cual se señalan los criterios para la determinación de oficios u ocupaciones objeto del contrato de aprendizaje y se dictan otras disposiciones. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 45.844 del 8 de marzo de 2005. Colombia.

Decreto 4690 de 2005. Por el cual se reglamenta el artículo 41 de la Ley 789 de 2002. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 46.131 del 23 de diciembre de 2005. Colombia.

Decreto 451 de 2008. Por medio del cual se reglamenta el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 sobre el Contrato de Aprendizaje. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 46.903 del 15 de febrero de 2008. Colombia.

Decreto 933 de 2013. Por medio del cual se reglamenta el Contrato de Aprendizaje y se dictan otras disposiciones. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 45.160 del 14 de abril de 2003. Colombia.

Decreto 3068 de 2013. Por el cual se fija el salario mínimo mensual legal. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 49.019 del 30 de diciembre de 2013. Colombia.

Acuerdo 15 de 2003. Por el cual se regulan aspectos operativos del contrato de aprendizaje. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 45.486 del 10 de marzo de 2014. Colombia.

Acuerdo 005 de 2006. Por el cual se reglamenta el monto de los apoyos de sostenimiento a conceder, su distribución y los criterios que permitan la operación de las condiciones para gozar de los mismos. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 46.399 del 22 de septiembre de 2006. Colombia.

Acuerdo 00011 de 2008. Por el cual se regulan aspectos operativos del contrato de aprendizaje. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 47.191 del 2 de diciembre de 2008. Colombia.

Acuerdo 00010 de 2013. Por el cual se modifica el Acuerdo 0007 del 2011. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial del 11 de septiembre de 2011. Colombia.

Acuerdo 002 de 2013. Por el cual se expiden normas para la aplicación del artículo 168 de la Ley 1450 de 2011 y se establecen parámetros para la imposición de sanciones por incumplimiento en la cuota de aprendices o en la monetización. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial del 10 de mayo de 2013. Colombia.

Acuerdo 004 de 2014. Por el cual se modifican los artículos 5o, 7o y 8o del Acuerdo número 0002 de 2013. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 49.117 del 8 de abril de 2014. Colombia.

Resolución 1309 de 2013. Por la cual se adopta el Manual del Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 48.778 del 2 de mayo de 2013. Colombia.

Resolución 384 de 2014. Por la cual se establece el apoyo de sostenimiento de aprendices en la fase práctica para el año 2014. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 49.060 del 10 de febrero de 2014. Colombia.

Convenio 98 de 1949. Ratificado por Colombia el 16 de noviembre de 1976. En vigor.

Convenio 151 de 1978. Ratificado por Colombia el 8 de diciembre del 2000. En vigor.

Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, "Protocolo De San

Salvador"(Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General). Ratificado por Colombia el 22 de octubre de 1997.

Sentencia C 038 de 2004. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia c-038 de 2004. Enero 27, Bogotá: La Corte constitucional; 2004. M.P. Eduardo Montealegre Linett. Colombia.

Sentencia T 414 de 2010. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T 414 de 2010, Bogotá: La Corte Constitucional; 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia.

Sentencia C 748 de 2011. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C 748 de 2011, Bogotá: La Corte Constitucional; 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Benavides López, Humberto (2014). Derecho laboral individual. Presentación en PowerPoint para la Universidad Cooperativa de Colombia. Pág. 30. Recuperado de <http://wb.ucc.edu.co/derecholaboralindividualpc/files/2011/07/ucc-derecho-laboral.pdf>

Sáenz, V. (2013, 12 de Junio) La desilusión de cuatro colombianos por regresar de España. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12865455>

Redacción El Tiempo. (2013, 29 de Julio). El Gobierno nos engañó con un falso programa de retorno. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12953867>

Redacción El Tiempo. (29, Julio de 2013). Colombianos denuncian estafa tras regreso de España ante Procuraduría. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12953882>

Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA (2015). Recuperado de www.sena.edu.co

Ministerio de Trabajo. (2015). Recuperado de www.mintrabajo.gov.co

Organización internacional del Trabajo. (2015). Recuperado de www.ilo.org
<http://www.fondoemprender.com/SitePages/QueEsFondoEmprender.aspx>

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.
Sentencia del 28 de mayo de 2015. Radicado número 25000 2341 000 2013 00631
01. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.
Sentencia del 29 de septiembre de 2009. Consejera Ponente doctora Susana
Buitrago Valencia.

Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce
(2014). Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.
Sentencia del 22 de enero de 2015. Magistrado Ponente: Carlos Enrique Moreno
Rubio.

Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera. Sentencia
del dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015). Magistrado Ponente: Fredy
Ibarra Martínez

9. ANEXOS

Respuestas a derechos de petición:

-Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-

-Fondo Emprender

10. Siglas

Art.: artículo.

SENA: Servicio Nacional de Aprendizaje.

CST: Código Sustantivo del Trabajo.

CCA: Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.