



UNIVERSIDAD
ICESI

**¿UNA PERSONA CONTRATADA BAJO LA MODALIDAD DE “APRENDIZ
SENA” PUEDE SER BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR
PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL EN UNA CONTINGENCIA DE
ORIGEN COMÚN?**

INVESTIGACIÓN DE CASO

CONSTANZA DEL PILAR ALDERETE URCUQUI
DIANA ISABEL CASTAÑO MIRANDA
PAOLA TATIANA HURTADO
SIGIFREDO ORTEGA ORTEGA
NATALI PAVA MEDINA.

Asesor de investigación
MARIO CAJAS

UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI
2017

Contenido

INTRODUCCIÓN	3
1. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE	9
2. EL CONTRATO DE APRENDIZAJE Y LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA	14
3. NORMATIVIDAD APICABLE A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMUN	17
4. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL	23
5. ANALOGIA DE ALGUNOS CASOS CON EL CONTRATO DE APRENDIZ	25
6. LAS SOLUCIONES QUE ENCONTRAMOS APLICABLES AL CASO QUE NOS OCUPA	27
7. Bibliografía	35

INTRODUCCION

Un aprendiz Sena que sólo cuenta con las seguridad social en salud y ARL, pero no con el aporte a pensión, con lo que presuntamente se le vulnera su derecho fundamental a la seguridad social, como podríamos soslayar dicha situación, por lo entraremos a estudiar la legislación y la jurisprudencia aplicable al caso en concreto, dado que al no existir frente a este la regulación y pronunciamiento referente a la protección social del aprendiz SENA que encontrándose en su etapa práctica, sufren una disminución permanente de su capacidad laboral por un accidente de origen común.

Al abordar el tema, se puede observar el trato desigual y de desprotección frente a otros tipos de relaciones surgidas al servicio de empresas de economía productiva, considerando en esta forma una trasgresión a derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, el derecho a un mínimo vital y móvil, derecho a la seguridad social y derecho a la estabilidad laboral reforzada, que partiendo de la trasgresión de derechos fundamentales, deben ser estudiados, definidos y protegidos por el congreso de la república y nuestros entes judiciales, pues ninguna norma puede ir en contravía de nuestra Constitución Política.

Así pues queremos establecer cuál es el camino a seguir para lograr la protección de derechos del aprendiz SENA respecto al acceso a una pensión de invalidez por evento de pérdida de la capacidad laboral de origen común.

FICHA TÉCNICA

Nombre del Caso: ¿Una persona contratada bajo la modalidad de “*aprendiz SENA*” puede ser beneficiario de una Pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral en una contingencia de origen común?

Caso: N°01

Autor: Constanza del Pilar Alderete Urcuqui, Diana Isabel Castaño Miranda, Paola Tatiana Hurtado, Sigifredo Ortega Ortega, Natali Pava Medina.

Dirección: Calle 35 No. 4 – 40 Apto. Edificio Portal de San Fernando Apartamento 201

Fecha Original: 24 de Mayo de 2017 Fecha de Revisión: 14 de Junio de 2017.

Revisor: Mario Cajas

Curso(s) donde podría utilizarse: Seguridad Social, Derecho Laboral, Derecho Constitucional.

Investigador: Paola Tatiana Hurtado, Constanza del Pilar Alderete Urcuqui, Diana Isabel Castaño Miranda, Sigifredo Ortega Ortega, Natali Pava Medina.

Nombre real de la empresa: D-Side S.A.S.

Dirección de la empresa: Carrera 28 No. 5B - 46

Informadores o contactos sobre el caso: Diana Isabel Castaño Miranda

Bibliografía principal: Ley 789 de 2002, Ley 1562 de 2012, Ley 100 de 1993, Decreto 934 de 2003, Decreto 620 de 2005, Acuerdo No 0007 de 2012 Mediante el cual se adopta el reglamento del Aprendiz Sena, Ley 361 de 1997, Doctrina en Materia Laboral, Jurisprudencia Laboral y Constitucional sobre el tema y caso.

Temas del caso:

Régimen de Seguridad Social Pensional.

Marco Legal del Contrato de Aprendizaje.

Marco Legal de la Seguridad Social del Aprendiz

Marco Jurisprudencial frente al Derecho Fundamental al Mínimo Vital y a la Seguridad Social.

Marco Jurisprudencial Constitucional de la Seguridad Social del Aprendiz.

Marco Jurisprudencial Laboral de la Seguridad Social del Aprendiz.

Protección Legal Laboral a la persona en estado de debilidad manifiesta.

Comentario del caso:

Una persona que está vinculado como aprendiz Sena, sólo cuenta con la seguridad social en salud y la ARL. ¿Qué ocurre entonces cuando una persona con contrato aprendiz SENA que no cuenta con la seguridad social en pensión, sufre un accidente de origen común que le ocasiona un grado de pérdida de la capacidad laboral mayor al 50%?

Es así como trataremos de responder a esta pregunta por medio del estudio del caso de un aprendiz SENA, que contando con tan solo 20 años de edad iniciaba la ejecución de su contrato de aprendiz con un empresa patrocinadora, pero sufrió un accidente de origen común que le produjo una pérdida de capacidad laboral más del 50%.

Asignaturas en las que puede aplicarse: Derecho Constitucional, Derecho Laboral, Seguridad Social y Protección Social.

Respuesta real al caso ¿Qué sucedió en realidad?:

Un estudiante del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, celebró un contrato de aprendizaje con la empresa patrocinadora, en la que la segunda se comprometía para garantizarle su formación profesional integral como aprendiz en la especialidad TECNICO ASISTENCIA ADMINISTRATIVA.

La duración y periodos de formación establecidos en el contrato, fueron estipulados por un periodo de doce (12) meses comprendidos desde el 18 de marzo de 2013, fecha de iniciación de la formación, hasta el 18 de marzo de 2014, fecha de terminación de la misma, la cual se distribuyó de la siguiente manera: Un periodo de enseñanzas en el SENA, desde el 18 de marzo de 2013 hasta el 17 de septiembre de 2013 y un periodo de práctica en la empresa patrocinadora, desde

el 18 de septiembre de 2013 hasta el 18 de marzo de 2014, de manera sucesiva y alterna, sin que se pudiera exceder del término máximo de dos (2) años.

El aprendiz, tuvo en reconocimiento como apoyo económico la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE (\$294.750), durante la etapa lectiva en el SENA. Es decir el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de un salario mínimo legal mensual vigente actualizado cada año y la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS MCTE (\$442.125) durante la etapa práctica de su formación, lo cual equivale al setenta y cinco por ciento (75%) de un salario mínimo legal mensual vigente actualizado cada año.

Como causales de terminación del contrato, se estipularon las siguientes:

Mutuo acuerdo entre las partes;

Vencimiento del término de duración del presente contrato;

Cancelación de la matricula por parte del SENA de acuerdo con el reglamento previsto para los alumnos;

Bajo rendimiento o faltas disciplinarias cometidas en los periodos de formación profesional integral en el SENA o en la Empresa patrocinadora, cuando a pesar de los requerimientos de la empresa o del SENA, no se corrijan en un plazo razonable. Cuando la decisión la tome la Empresa, esta deberá tener previo concepto favorable del SENA;

El incumplimiento de las obligaciones previstas para cada una de las partes.

Durante el cumplimiento del contrato, el 18 de octubre de 2013, el joven aprendiz sufre un accidente de tránsito, el cual deja como consecuencias un trauma craneo encefálico severo con intubación prolongada, trauma de tórax que requirió toracotomía y hematoma expansivo por lesión vascular, siendo atendido por la EPS a la que se encontraba afiliado en virtud del contrato de aprendizaje y calificado el día 9 de junio de 2014, por la Dependencia Técnica de Medicina del Trabajo, con un concepto de rehabilitación no favorable o culminado respectivamente, siendo valorado el 15 de octubre de 2015, con una calificación de pérdida de capacidad laboral total del cincuenta y nueve punto veinticuatro por ciento (59.24%).

Es decir que pasados los primeros 120 días, la EPS procedió a iniciar los trámites para la valoración de concepto favorable de rehabilitación ante su médico tratante, donde se obtiene una valoración que refiere que su pérdida de capacidad no será recuperable. Ante dicha situación la EPS se encuentra ante un primer vacío, siendo que comúnmente las Entidades Promotoras de Salud remiten al usuario a su fondo de pensiones para realizar la debida calificación de origen y perdida, no obstante en este caso no sería posible por no encontrarse vinculado a alguno el aprendiz.

Ahora bien, el contrato de aprendizaje del joven se mantuvo vigente hasta el 7 de enero de 2016, fecha en la cual la empresa patrocinadora, mediante escrito firmado por la representante legal, le informa:

“...Es así como esta sociedad con fundamento en las razones antes señaladas y luego de haberle garantizado y respetado plenamente su estabilidad laboral durante todo el tiempo de su incapacidad y de haber minimizado en la medida de sus capacidades el impacto y los efectos del doloroso suceso que le acaeció, se ve en la penosa e inevitable necesidad de dar por terminado su contrato de aprendizaje a partir de la fecha de hoy 7 de Enero de 2016, reconociéndole el valor de su estipendio hasta el 31 de enero de 2016...”

Con ocasión de lo sucedido, tenemos un joven que estaba en desarrollo de su etapa productiva, pero que por circunstancias inimaginables, pierde su capacidad laboral a un porcentaje reconocido como discapacidad permanente total, encontrándose actualmente en un estado de vulnerabilidad, pues al no tener un trabajo, pensión o un ingreso fijo, ve desatendido el derecho fundamental a su mínimo vital de subsistencia.

Ahora bien, pese a que como estudiante SENA, el joven aprendiz tiene derecho a la reclamación de amparo de incapacidad total y permanente que cubre la póliza de seguro de accidentes personales escolar, observamos que el valor individual asegurado asciende a la suma de \$12.000.000, los cuales no garantizan sus derechos fundamentales y sociales. Pues es claro que dicho valor no asegura su mínimo vital de manera permanente, dado que dicha suma se enmarca como una indemnización, con la cual se puede proteger de manera inmediata las secuelas de su vida personal, familiar y social, pero deja sin protección su futuro, que sólo lo puede propender un salario mínimo que garantice la estabilidad social que todas las personas necesitan para resguardar tanto su mínimo vital como el de su núcleo familiar.

Debe tenerse en cuenta que el joven aprendiz nació el 26 de agosto de 1993, por lo que al momento del accidente sufrido había acabado de cumplir 20 años de edad.

Ayudas didácticas:

Consulta a terceros expertos.

Búsqueda de jurisprudencia relacionada con el tema.

Preguntas para motivar la discusión:

¿Cuál es el Marco constitucional y Legal del contrato de aprendiz Sena?

¿Límites de la Protección en el contrato de Aprendiz Sena?

¿Qué ocurre cuando un aprendiz Sena pierde su capacidad laboral dentro de una contingencia de origen común?

¿Puede reclamar una pensión el aprendiz Sena sin ser cotizante?

¿Vulnera el patrocinador al aprendiz Sena los derechos fundamentales a la seguridad social en pensión al no realizar los aportes al fondo de pensiones?

Es inconstitucional la Ley 789 de 2003 que regula el contrato de aprendizaje, al determinar que la empresa patrocinadora sólo debe hacer los aportes a EPS y ARL para los aprendices SENA, pero no a AFP?

1. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE

En primer lugar, es importante precisar que el contrato de aprendizaje en Colombia se puede enmarcar en tres momentos normativos, los cuales ponen en evidencia la tendencia hacia la desregulación o la flexibilización de las relaciones laborales. A continuación se presenta brevemente las tres reformas que ha sufrido el contrato de aprendizaje.

Contrato de aprendizaje versión original del código Sustantivo de trabajo

El contrato de aprendizaje se encontraba reglamentado por el artículo 81 y siguientes del código sustantivo de trabajo.

“ARTICULO 81. DEFINICION. Contrato de aprendizaje es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar servicio a otra persona, natural o jurídica, a cambio de que ésta le enseñe directamente o por medio de otra persona, una profesión, arte u oficio, por un tiempo determinado y le pague el salario convenido. Este salario puede consistir en dinero o en especie (alimentación, alojamiento, vestido), o en ambas cosas a la vez.”

Bajo esta definición, el contrato de aprendizaje, se consideró como un contrato especial, por tener una regulación específica, el carácter peculiar de una de las partes y la naturaleza de la prestación, pero su naturaleza no dejaba de ser laboral. La finalidad del contrato radicaba en transmitir a través de la enseñanza el saber de un oficio, arte o profesión.

No obstante, los aprendices gozaban de todas las prestaciones sociales de conformidad con lo estipulado en artículo 88 del C.S.T

“...ARTICULO 88. EFECTO JURIDICO. Los aprendices gozan de todas las prestaciones y están sometidos a todas las normas del contrato de trabajo, con la única salvedad de que no están amparados por las del salario mínimo.

Para todos los efectos legales el contrato de trabajo se entiende iniciado desde que comienza el aprendizaje...”

Este contrato debía celebrarse por escrito, so pena de ser regulado por las normas del contrato de trabajo. La duración era de seis meses prorrogable hasta por un año y las partes tenía plena libertad para convenir el salario.

Aunque el contrato era temporal, en el evento que se presentaran vacantes en alguno de los cargos relacionado con lo aprendido, el aprendiz podía ejercer su derecho de preferencia para ocupar el cargo.

“...ARTICULO 86. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL PATRONO. Además de las obligaciones establecidas en el artículo 58, el patrono tiene las siguientes para con el aprendiz:

- 1. Enseñarle la profesión, arte u oficio a que se hubiere comprometido.*
- 2. Concluido el aprendizaje, preferirlo en igualdad de condiciones para llenar las vacantes que ocurran relativas a la profesión, arte u oficio que hubiere aprendido.*
- 3. Otorgarle a la terminación del aprendizaje una certificación en la que se haga constar la duración de la enseñanza y los conocimientos y práctica adquiridos...”*

Ahora bien, en el año de 1957, mediante el decreto extraordinario 118 de 1957, el gobierno nacional creó el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y las cajas de compensación familiar, con el objetivo de mitigar los efectos del estado de sitio declarado en 1949 y cumplir con una política de estado de propugnar la enseñanza técnica de las clases trabajadoras.

La ley 188 de 1959

Posteriormente, se promulga la ley 188 de 1959 que deroga la regulación del contrato de aprendizaje contenidas en el código sustantivo del trabajo artículos 81 y siguientes. Bajo esta nueva legislación, el contrato de aprendizaje pertenece a una modalidad especial de contratación, con características diferentes a las del contrato laboral pero que conservaba algunas normas de esta última regulación que analizaremos más adelante.

La ley 188 de 1959 define en su artículo 1, el contrato de aprendizaje en los siguientes términos:

“...ARTICULO 1 DEFINICIÓN. Contrato de aprendizaje es aquel por el cual un empleado se obliga a prestar servicio a un empleador, a cambio de que este le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado, por un tiempo determinado, y le pague el salario convenido...”

Es interesante observar que en esta definición se habla de empleado cuando se refiere al aprendiz, lo que permite discernir que en esta forma especial de contratación el trabajador tenía asegurada todas sus prestaciones sociales y demás derechos contenidos en el Código Laboral, es decir que tenía una tendencia más laboral.

Por otro lado y teniendo en cuenta que el gobierno nacional estaba comprometido con la política normativa de apoyo al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el Ministerio de Trabajo debía publicar periódicamente la lista de las profesiones u oficios que requieran formación profesional metódica y completa, determinando los períodos máximos de duración de los respectivos contratos, la cual era entregada por el SENA (ley 188 de 1959 artículo 9) . El contrato se dividía en dos etapas una lectiva y una práctica: en la etapa lectiva, el aprendiz asistía a las capacitaciones que dictaba el SENA, y en la etapa práctica, el aprendiz trabajaba al servicio del empleador para finalizar su capacitación mediante la práctica empresarial.

De lo anterior podemos concluir que, en el contrato de aprendizaje intervienen tres partes: el empleador, el aprendiz y el SENA.

El artículo 7 de la ley 188 de 1959 establece que el empleador se obligaba a Facilitar todos los medios al aprendiz para que reciba formación profesional metódica y completa del arte u oficio materia del contrato, a pagar al aprendiz el salario pactado según la escala establecida en el respectivo contrato, tanto en la etapa practica como lectiva, y además debía, preferirlo en igualdad de condiciones para llenar las vacantes relativas a la profesión u oficio que hubiere aprendido.

En el artículo 6 de la mencionada ley se establecieron como obligaciones a cargo del aprendiz, además de las que se establecen en el Código del Trabajo, para todo empleado, las siguientes: la de procurar el mayor rendimiento en su estudio y también la de concurrir asiduamente, tanto a los cursos como a su trabajo.

El SENA, es la institución pública encargada de dar programas de formación complementaria y titulada, además de monitorear el cumplimiento del contrato de aprendizaje e indicar la cuota de aprendices que las empresas debían contratar.

El contrato de aprendizaje tenía una duración de tres años y debía celebrarse por escrito. El legislador, señaló de manera específica el salario que debía percibir el aprendiz Sena por su labor en el artículo 5 de la 188 de 1959 modificado por el artículo 7 del decreto 2375 de 1974, el cual no podía ser en ningún caso inferior al cincuenta por ciento (50%) del mínimo convencional e iba aumentando progresivamente hasta alcanzar el salario mínimo legal de la respectiva empresa.

Ley 789 del 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.

En la década de los noventa, el gobierno colombiano buscaba un re direccionamiento económico y político, que le permitiera competir en el mercado internacional promoviendo una liberación de la economía, lo cual incluía una disminución en el accionar del estado que dificultaba en gran medida las relaciones económicas, políticas y sociales con otros países.

En este nuevo modelo de mercado global, el campo laboral tuvo una serie de transformaciones que implicó la realización de importantes reformas a la legislación laboral, que se evidencian con la expedición de la ley 50 de 1990, la cual flexibilizó los regímenes de contratación, de despidos y los mecanismos de fijación de los salarios, prestaciones sociales y jornada de trabajo; aumentó la tabla de indemnizaciones para despido sin justa causa en el contrato a término indefinido; eliminó la retroactividad de las cesantías; aumentó la protección a la maternidad; modificó la contratación temporal y algunas normas colectivas de trabajo (facultad de constituir sindicatos sin permiso previo, personería jurídica,

eliminación de la posibilidad de suspensión por vía administrativa de la personería jurídica de los sindicatos). (Gomez, 2001).

Aunado a lo anterior, en el año 2002 el Congreso de la República, aprueba la ley 789, que, al igual que su antecesora comprende una mayor flexibilización en la regulación laboral sobre la jornada de trabajo, el trabajo suplementario o de horas extras y las indemnizaciones por despido sin justa causa en los contratos a término indefinido. Igualmente, modificó el contrato de aprendizaje y estableció recursos para el fomento del empleo y protección al desempleado. Estableció programas de microcrédito. Sus disposiciones también tuvieron alcance en materia de seguridad social y en la regulación de las Cajas de Compensación Familiar. La ley se enmarcó en tres pilares: generar más empleo, aumentar el aseguramiento de los trabajadores informales y proteger a quienes no encuentran empleo. (Gómez, 2001).

El contrato de aprendizaje fue uno de los mayores cambios que trajo esta legislación, no solo porque ocasionó una dinamización en el mercado laboral, al generar más demanda en la contratación de aprendices, sino porque cambio sustancialmente su naturaleza de un contrato de trabajo a un tipo específico dentro del derecho laboral, y que por ende no se rige exactamente por las mismas reglas que el contrato de trabajo.

Hasta antes del 27 de diciembre del año 2002 se catalogaba al contrato de aprendizaje como una especie del contrato de trabajo, por lo tanto, la relación de aprendizaje se regía por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, junto con un grupo de disposiciones especiales. (García, 2015)

Jairo Núñez, en su informe éxitos y fracasos de la reforma laboral en Colombia afirma:

“...El contrato de aprendizaje tuvo dos cambios fundamentales. Por un lado, redujo los costos alrededor de un 44% al reducir el salario al 50% del mínimo legal en la fase lectiva y al 75% en la fase práctica, y al no obligar al empleador a efectuar los pagos de cotización en pensiones. Por otro lado, el contrato de aprendizaje se vuelve una obligación para las empresas con más de 15 empleados, pero su naturaleza deja de ser laboral por lo que el trabajador no recibirá prestaciones, con excepción de los pagos a salud y riesgos profesionales...”

2. EL CONTRATO DE APRENDIZAJE Y LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La Corte Constitucional en sentencia T- 881 de 2012, realiza el estudio de la estabilidad laboral reforzada aplicable en el contrato de aprendiz, cuando el aprendiz es calificado con pérdida de capacidad laboral por contingencia de origen común.

La Ley 789 de 2002 establece que el contrato de aprendizaje se enmarca como un contrato especial debido a que no se encuentra regido por el código sustantivo del trabajo.

Ahora bien, debido a que es un contrato laboral especial, no gozan de muchos derechos que sí tienen los demás trabajadores vinculados a empresas a través de contrato laboral. Por ejemplo, posee un límite de tiempo, con precisión son exactamente 2 años, con la exención de no poder contratarse nuevamente a esta persona particular como aprendiz, pero podría ser vinculado con un contrato laboral o en su defecto finalizarlo sin algún tipo de procedimiento considerado como una justa causa.

De esta forma un aprendiz no goza de la estabilidad laboral, como tampoco podrían aplicársele de ninguna manera los derechos en estabilidad laboral reforzada, dado el caso que éste se vea bajo una situación de enfermedad o accidente que lo deje en condición de discapacidad permanentemente para realizar determinadas funciones laborales y en consecuencia, se ve afectada su estabilidad económica.

La tesis principal era la argumentación que este tipo de contratos no se encuentran regulados por el Código Sustantivo del Trabajo, esto quiere decir, que los parámetros para la desvinculación de un aprendiz Sena se disponen de una manera diferente al tratarse de un contrato especial.

Pero esta interpretación cambió al momento en que la Corte Constitucional en su sentencia T-881 de 2012, dispuso que el aprendiz también tiene el derecho a la

estabilidad laboral reforzada porque *“Con base en los argumentos expuestos, debe concluirse que el señor Guerrero Rueda tiene derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, porque i) no existe una norma legal que regule esta materia y haciendo una interpretación analógica de las normas del contrato del trabajo, puede concluirse que los aprendices tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada”*. Esto llevó a que la sociedad comercial en donde el aprendiz Sena realizaba sus prácticas al momento del trámite de la acción de tutela, lo reincorporara a la nómina de forma inmediata y además, le suministrara la respectiva formación ocupacional sobre el cargo al cual es reubicado, en caso de considerar que su capacitación fuese necesario.

Por lo anterior es necesario precisar para mayor claridad que la Corte Constitucional en la ya mencionada sentencia T-881/12, estudio la controversia planteada por un aprendiz SENA contra la empresa patrocinadora y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al haber terminado su contrato de aprendizaje sin solicitar el permiso ante el Ministerio de Trabajo, sin tener en cuenta que durante su práctica sufrió un accidente de trabajo que afectó su salud y su capacidad laboral, por lo cual no cuenta con ingresos para su manutención, ni el de su hija menor de edad y además de ello, no se la realizado su calificación para establecer la pérdida de capacidad laboral; motivo por el que solicitó la protección a los derechos fundamentales a la vida, la seguridad social integral, la dignidad humana, el trabajo, la igualdad y el mínimo vital.

En primera instancia el juez no protege los derechos fundamentales del accionante, argumentando que no se había cumplido con el principio de inmediatez que requiere la acción de tutela para su trámite y, por considerar que el contrato de aprendizaje no cumple con los requisitos de un contrato de trabajo.

Así pues, la mencionada sentencia establece que la reintegración a la empresa puede presentarse hasta que: I) el Ministerio del Trabajo autorice su desvinculación, II) el empleado se rehabilite, III) o hasta el término máximo de su contrato de aprendiz, el cual por ley está establecido que es de 2 años, debiendo tenerse en cuenta el tiempo ya prestado como aprendiz en práctica.

Es así como se cita lo pertinente de la sentencia tantas veces aludida anteriormente, para mayor claridad de la siguiente manera:

...El derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que los trabajadores que puedan catalogarse como (i) inválidos, (ii) discapacitados, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que (a) tengan una afectación en su salud que (b) les “impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la “estabilidad laboral reforzada”.

El derecho a la estabilidad laboral reforzada de este grupo poblacional es resultado de una interpretación conjunta de, al menos, cuatro preceptos constitucionales: en primer lugar, el artículo 53 de la Constitución, que consagra el derecho a “la estabilidad en el empleo”; en segundo lugar, el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de las personas con discapacidad (art. 47, C.P.); en tercer lugar, el derecho que tiene toda persona que “se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegida “especialmente”, con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (art. 13, C.P); y en cuarto lugar, el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social”, ante eventos que supongan peligro para la salud física o mental de las personas (art. 95, C.P.)...

...En este punto, es preciso reiterar que la modificación a la naturaleza jurídica del contrato de aprendizaje establecida en el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 fue declarada exequible por la Sala Plena de esta Corporación por medio de la sentencia C-038 de 2004, con base en los argumentos explicados en el numeral 5 de las consideraciones de la presente sentencia. Por lo tanto, teniendo en cuenta que lo que se sostiene es la aplicación analógica de la Ley 361 de 1997 al contrato de aprendizaje suscrito por el actor, y con el fin de resaltar las diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato de aprendizaje, en esta sentencia se hará referencia al derecho a la estabilidad ocupacional reforzada y no al derecho a la estabilidad laboral reforzada...

Con base en los argumentos expuestos, debe concluirse que el señor Guerrero Rueda tiene derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, porque i) no existe una norma legal que regule esta materia y haciendo una interpretación analógica

de las normas del contrato de trabajo, puede concluirse que los aprendices tienen derecho a una estabilidad ocupacional reforzada; ii) ésta interpretación está acorde con las normas constitucionales, legales y los instrumentos internacionales, que reconocen una protección especial a las personas con discapacidad; iii) existen precedentes de esta Corporación en los que se ha reconocido el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de aprendices sujetos de especial protección constitucional, como una forma de protección derivada del principio de solidaridad en el que se fundamenta el Estado social de derecho colombiano; y iv) considerar que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de los aprendices sigue vigente es la interpretación más acorde con el principio de progresividad en la protección de los derechos sociales...”

3. NORMATIVIDAD APICABLE A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMUN

Consultada la normatividad que reglamenta la manera de acceder a la pensión de invalidez de origen común y su definición, encontramos que el tema ha sido reglado mediante la ley 100 de 1993, la cual dentro del transcurso de su expedición ha tenido varias modificaciones, que finalmente han determinado en su artículo 38 el estado de invalidez como aquella persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral.

Seguidamente determina los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez y sus montos, así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de

invalidez. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

NOTA: Parágrafo 1º declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-020 de 2015.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

ARTICULO. 40.-Monto de la pensión de invalidez. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%,
y

b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con

posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-458 de 2015.

Ahora bien, al enfocarnos en el caso concreto que es motivo de este estudio, quisimos verificar si la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los casos en que las personas jóvenes que no han tenido una vida laboral suficiente para contar con el tiempo de cotización y la edad exigido por la ley para la pensión, puede acceder a ésta, pues para el caso específico, tenemos que al momento del accidente, es decir el 18 de octubre de 2013, el joven aprendiz, tan solo llevaba un mes de cotización a la ARL, lo que equivaldría a 4 semanas de cotización, además de que a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad, hacia un poco más de un mes había cumplido los 20 años de edad, situación con la cual se podría establecer que el aprendiz no cumpliría con los requisitos para la obtención de la pensión, dado que la norma exige 26 semanas de cotización al hecho causante de la invalidez y menos de 20 años de edad.

Es así como la Corte Constitucional en sentencia T-777 de 2009 estudio la acción de tutela presentada por una joven de 23 años, que se encontraba próxima a graduarse como economista de la Universidad Nacional, pero en virtud al padecimiento de un accidente de tránsito sufre una pérdida de la capacidad laboral en un 76.45%, pero una vez acude al fondo de pensiones para solicitar la pensión de invalidez, la misma le es negada bajo el argumento de no cumplir con las semanas mínimas de cotización exigidas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, ni con lo establecido en el artículo 1° de la ley 860 de 2003, esto es, con las 50 semanas cotizadas en los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y el 20% de semanas desde el momento en que

cumplió 20 años y la fecha de ocurridos los hechos generadores de la misma. Pero después de realizar el respectivo estudio, dicha dependencia concluyo sobre el contrato de aprendizaje lo siguiente:

“es importante señalar que las normas que regulan el contrato de aprendizaje no se pronuncian expresa y puntualmente sobre el derecho a la estabilidad reforzada de los aprendices que han sufrido una pérdida de su capacidad laboral durante la fase práctica de la formación. Esto podría eventualmente llegar a ser entendido como un vacío legal, puesto que no existe una norma específica exactamente aplicable al asunto objeto de estudio. En ese caso, la Sala advierte que tendría que resolverse la controversia de acuerdo el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, según el cual “[c]uando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes”

Además esa Corporación en la misma providencia se pronunció sobre el tiempo requerido para la obtención de la pensión cuando la vida laboral no comienza a los 20 años, con fundamento en la seguridad social en el ámbito internacional y como derecho constitucional fundamental, para así dejar una connotación clara sobre la edad que debe ostentar en el campo pensional las personas que se dedican a estudiar, para así brindarles una protección especial, pues así se observa seguidamente:

“...Se tiene entonces que el artículo 39 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, declarado parcialmente exequible por la sentencia C-428 de 2009, hace referencia en sus numerales 1° y 2° a los elementos conjuntivos y expresos que han de cumplirse en el tiempo y en la cantidad de semanas cotizadas para acceder al derecho a la pensión de invalidez: “últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración o al hecho causante y 50 semanas cotizadas”. Sin embargo, no sucede lo mismo con el párrafo 1° del artículo 1° de la ley en referencia, el cual exige expresamente una cantidad determinada de semanas: veintiséis (26).

En lo referente al momento en el cual debieron realizarse las cotizaciones, la norma en comento trae dos proposiciones disyuntivas: la primera precisa que durante el año inmediatamente anterior al hecho causante de la invalidez; y la segunda señala que en el último año anterior a la fecha de su declaratoria, “veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o de su declaratoria”.

De tal manera que cuando se está estudiando la posibilidad de reconocer una pensión de invalidez a una persona joven, se le pueden tener en cuenta tanto las semanas cotizadas antes del hecho causante de la invalidez, como las efectuadas con antelación a la declaratoria de la misma, fechas que generalmente no coinciden, ya que desde el instante de la ocurrencia del hecho que causó la invalidez (accidente común) o se estructuró la misma (enfermedad común), hasta el momento en que es declarada (calificación por parte del organismo competente fijando el origen y fecha de estructuración), transcurre un lapso que en la mayoría de los casos no es inferior a seis meses (180 días de incapacidad). Se deduce, entonces, que el trato diferencial y preferente que el parágrafo en mención quiso dar a las personas jóvenes de Colombia, que están haciendo el tránsito de la vida académica a la vida laboral, consiste en permitir que se les tenga en cuenta las semanas cotizadas por su empleador, después de haber ocurrido el accidente o aparecido la enfermedad, que terminó por generar la contingencia de la invalidez.

La anterior interpretación está acorde con lo que esta Corporación y los organismos internacionales han precisado, en aras de garantizar el principio de no regresividad en materia de seguridad social; toda vez que el cambio introducido por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, aumentando de 26 semanas de cotización en el último año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, a 50 semanas en los últimos tres años, si bien pudo beneficiar a la población colombiana adulta, tal como se precisó en la sentencia C-428 de 2009, también puede aparecer como regresivo respecto a la población joven de Colombia.

Lo anterior, por cuanto al exigir a una persona que apenas está comenzando su vida laboral cincuenta semanas de cotización en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, en lugar de 26, tal como lo contemplaba el artículo 39 de la Ley 100 en su acepción original, representa en principio, una medida regresiva en materia de seguridad social; toda vez que en la práctica, lo que ocurre es que una persona joven que inicia su primer empleo, tiene la obligación de cotizar ininterrumpidamente el primer año de su vida laboral para poder acceder a la pensión de invalidez; de lo contrario quedaría desprotegida para los riesgos causados por enfermedad o accidente común, durante las primeras 50 semanas de su relación laboral.

En este evento, es entonces razonable tenerles en cuenta a los jóvenes, para efecto del cómputo de semanas cotizadas, y en consecuencia, para el reconocimiento de la pensión de invalidez, tanto las semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración, como aquellas que se realizaron con posterioridad al siniestro pero con antelación a su declaratoria.

De igual manera, es viable extender, como lo ha hecho la jurisprudencia de esta Corporación, el beneficio de exigir sólo 26 semanas de cotización con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez o de su declaratoria, a los jóvenes

menores de 26 años de edad que han visto reducida en más del cincuenta por ciento su capacidad laboral...”

Resulta necesario, de igual manera traer colación el caso donde se presentó demanda de inconstitucionalidad del parágrafo 1 del artículo 1 de la ley 860 de 2003, al considerar que dicha disposición otorga condiciones más favorables para la obtención de pensión de invalidez a las personas menores de 20 años, tal como se puede observar en la misma, la cual a letra establece:

*“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma. Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria”
(negrilla fuera del texto)*

La Corte Constitucional en sentencia C -20 de 2015, resolvió sobre la controversia indicada anteriormente, disponiendo declarar exequible la norma acusada, en aras de proteger a la población que iniciara su vida laboral siendo mayor de 20 años y menor de 26 años, en la parte considerativa indicó:

“...Por lo cual, para remediar el déficit de protección, la Corte declarará exequible la norma acusada, con la condición de que se extienda lo allí previsto en materia de pensiones de invalidez hacia toda la población joven, definida esta última razonablemente conforme lo señalado en esta sentencia, y en la medida en que resulte más favorable al afiliado. En los casos concretos, sin embargo, mientras la jurisprudencia constitucional no evolucione a la luz del principio de progresividad, la regla especial prevista en el parágrafo 1º del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 debe extenderse favorablemente, conforme lo ha señalado hasta el momento la jurisprudencia consistente de las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional; es decir, se debe aplicar a la población que tenga hasta 26 años de edad, inclusive...”

Al respecto se puede apreciar que la Corte hizo un análisis de la vulneración de los derechos sociales de jóvenes que inician su vida productiva y dado esto aumentaron la aplicabilidad del mínimo de cotización para jóvenes, bajo el entendido que la misma aplica incluso hasta aquellos que tengan 26 años de edad.

Sin embargo, en lo que referente al caso objeto de estudio en nuestro caso de estudio, como lo es el reconocimiento al pago de la pensión del aprendiz Sena por pérdida de la capacidad laboral por accidente de origen común, no ha habido pronunciamiento de la Corte Constitucional, pues solo ha llegado a referirse a casos de pérdidas de capacidad laboral inferiores al 50%, originadas en accidente de trabajo. Es así como la falta de regulación legal y de tratamiento jurisprudencial de estos casos es más gravosa para el trabajador aprendiz, dado que ellos no cotizan a un Fondo de Pensiones, de modo que no pueden ser beneficiados por ese reconocimiento.

4. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

La Constitución Política especifica los principales derechos y deberes de sus participantes, y define la estructura y organización del Estado Colombiano, sumergiendo de ésta en su artículo 44 la seguridad social como un derecho fundamental y a su vez, lo garantiza en el artículo 48 que establece “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella...” (subrayas y negrilla fuera del texto).

De lo anterior, se puede deducir que la seguridad social al tener la calidad de derecho fundamental, debe ser resguardado para todos los habitantes de Colombia, con la misma igualdad, sin distinguir género, categoría o la calidad que le delegue un decreto o una ley al momento en que dicha personas desempeñen sus labores, ya bien sea en el sector público o privado, pues con ello se desvirtúa el porte de importancia que ostenta dicho derecho, tal como ocurre en la Ley 789 de 2002, que regula el contrato de aprendiz, dada cuenta que en observancia a casos similares, como lo es los estudiantes que realicen la práctica y judicatura en el sector público, que tienen total reconocimiento de la seguridad social, a quienes se les protege la pensión realizando el pago a la subcuenta del fondo de pensiones a que se encuentra afiliado el estudiante.

No puede perderse de vista la existencia de una violación fragante al derecho al pago de la pensión del aprendiz que realiza las prácticas en las empresas patrocinadoras, quienes no realizan el pago porque la Ley no lo determina, y sin

embargo, no tiene en cuenta que con dicho proceder incurre en la violación al ya mencionado derecho.

En tanto, la Constitución Política en su art.53, establece sobre la protección al mínimo vital:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.(Negrilla y subrayas fuera del texto)

Es necesario reiterar que nuestra Constitución Política instituyó el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales, situación que no podría ser cambiada por la Ley, ya que el trabajador debe estar protegido en su integridad, como así lo propende la pensión en caso de invalidez, vejez y muerte. Siendo así, que no dejó lejana la realidad en que se desenvuelven los trabajadores, el entorno que los rodea y las posibles situaciones que pueden surgir en sus horas laborales, las cuales le podrían llevar a encontrarse en los casos antes citados. Sin embargo, es amplio hablar del “trabajador” para el caso que nos ocupa, si se tiene en cuenta que las empresas privadas no le donan dicha calidad al “aprendiz” y menos aún la Ley que lo rige, pero veremos cómo esté entra a ostentar dicha calidad al momento en que desarrolla las actividades acordadas en el contrato de aprendiz.

Adicionalmente, aunque la Ley 789 de 2002 modificó la naturaleza jurídica y algunos aspectos específicos de la regulación del contrato de aprendizaje, resulta cierto que esta clase de contrato aún es muy similar al contrato de trabajo, en tanto lo que comprende la fase práctica, teniendo en cuenta que en esto se presentan elementos comunes, tales como: i) la prestación personal de un

servicio, ya que en la fase práctica el aprendiz se desempeña “dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa” ii) la subordinación, que en el contrato de aprendizaje está “referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje”, y iii) la remuneración, denominada salario en el contrato de trabajo y apoyo de sostenimiento en el contrato de aprendizaje.

5. ANALOGIA DE ALGUNOS CASOS CON EL CONTRATO DE APRENDIZ

Como se puede observar en este trabajo, hemos realizado un estudio sobre las normas que rige el contrato de aprendizaje, de lo cual podemos percatar que un análisis de las leyes sin duda alguna que el aprendiz del Sena tiene una vulneración al derecho fundamental a la seguridad social, tal como se evidencia en el Decreto 1669 de 2016 que reglamenta la seguridad social de los estudiantes que hagan parte de los programas de incentivo para las prácticas laborales y la judicatura en el sector público, que establece:

“...Que el parágrafo 2 del artículo 2.2.6.1.7.3 del Decreto 1072 de 2015, dispuso que en los eventos y condiciones que determine el Ministerio del Trabajo, las Cajas de Compensación Familiar, como administradoras del FOSFEC, realizarán el pago de los aportes a los subsistemas de seguridad social a los practicantes, judicantes y estudiantes en relación docencia servicio en el área de la salud, en el marco de lo dispuesto en el parágrafo 30 del artículo 13 de la Ley 1780 de 2016.

Que se hace necesario determinar las condiciones en que se realizará la afiliación, el recaudo y pago de los aportes a los Subsistemas de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales de los estudiantes que hagan parte de los programas de incentivo de las prácticas laborales y judicatura en el sector público; así como su inclusión en el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo...”

Es aquí donde no cabe duda que el legislador ha otorgado una especial protección a los estudiantes que hagan prácticas en el sector público, con el pago de su seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, bajo los términos de la normatividad vigente, perdiendo de vista que éste derecho nace en el marco constitucional como un derecho fundamental.

Sin embargo, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, desarrolló y reglamentó una política que incentivo, para fomentar y coordinar programas de jóvenes talentos, que no tuvieran experiencia, para que realizaran sus prácticas laborales, desempeñadas en su respectiva área, en las entidades públicas, las cuales

cuentan como experiencia laboral para el acceso al servicio público. Además de ello, otorgó la financiación de la seguridad social de estos practicantes conforme lo señala la Ley 1780 de 2016, a través del Mecanismo de Protección al Cesante y con cargo al FOSFEC.

El Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), fue creado con la finalidad de mitigar los efectos del desempleo que enfrentan los trabajadores; al tiempo que facilita la reinserción de la población cesante en el mercado laboral en condiciones de dignidad, mejoramiento de la calidad de vida, permanencia y formalización, bajo el subsidio de las Cajas de Compensación Familiar y los Fondos de Pensiones, que son las encargadas de administrar los recursos de este fondo, con el fin de garantizar la oferta y demanda de trabajo, para así superar aquellos obstáculos que impiden la inserción laboral y consolidar formas autónomas de trabajo, vinculando la acciones de gestión de empleo de carácter nacional y local, para aquellas personas que se encuentran cesantes.

Es evidente entonces que este fondo tiene un fin ya establecido; pero no obstante, en el Decreto 1669 de 2016, se dispuso que de dicho fondo también subsidiaría la seguridad social de los estudiantes que realicen sus prácticas en el sector público, quienes si bien es cierto la Ley 789 de 2002, a estas personas no les permite celebrar un contrato de aprendiz, realizan actividades similares a las que establece la citada Ley, desnivelando así las capacidades y calidades que se les puede reputar a los aprendices del Sena, quienes prestan sus servicios en la empresa patrocinadora con el fin de cumplir con el requisito de educación exigido por dicha institución. Es entonces, a todas luces indudable que los estudiantes que realizan las prácticas en el sector privado y los aprendices del Sena, por analogía deben ser cubiertos en el sistema de seguridad social, a la subcuenta de pensiones, si bien es cierto los estudiantes que realizan prácticas en el sector público, como ya se dijo son cubiertos por parte del FOSFEC, los aprendices para garantizarles tan importante derecho, deben ser cubierto por parte de la empresa patrocinadora, pues a dicha empresa la ley le impone la obligación de que durante la fase práctica el aprendiz este afiliado en riesgos profesionales por la ARL que cubre la empresa y, en las fases lectiva y práctica, el aprendiz estará cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al régimen de trabajadores independientes, el cual será pagado en su totalidad por la empresa patrocinadora en los términos, condiciones y beneficios que defina el Gobierno Nacional.

Entonces, de lo anterior se puede observar que en la Ley 789 de 2002 nada se dice de la seguridad social en pensiones del aprendiz Sena, de lo que se puede concluir que existe un déficit en la protección de este derecho social de carácter prestacional para estas personas, dado que el legislador no consideró las contingencias que tendría que padecer el aprendiz en caso de quedar en una situación de incapacidad por invalidez de origen común, acontecimiento que no sería protegido por parte de la ARL y por ende, quedaría en la penumbra su mínimo vital.

6. LAS SOLUCIONES QUE ENCONTRAMOS APLICABLES AL CASO QUE NOS OCUPA SON LAS SIGUIENTES:

1.) El pago del aporte a la seguridad social en pensión del aprendiz Sena por parte del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec)

Recopilando lo expuesto anteriormente, se encuentra plausible el hecho de que el Fosfec, además de cubrir la seguridad social en pensión de los estudiantes que hagan parte de los programas de incentivo para las prácticas laborales y la judicatura en el sector público, también realice el pago que corresponde al Aprendiz Sena, dada cuenta que con esto se estaría protegiendo su mínimo vital en caso de una incapacidad permanente por invalidez de origen común que supere el 50%, que si bien es cierto es una situación incierta y enfocada hacia el futuro, también lo es que no es improbable su acontecimiento, si se tiene en cuenta que todo trabajador está sujeto a los riesgos que pueden surgir en el desempeño de sus labores, y para el caso puntual en el desempeño de sus prácticas.

Además de ello, si bien es cierto el Aprendiz Sena recibe una remuneración, llamada apoyo de sostenimiento por parte de la empresa patrocinadora en ocasión al contrato celebrado, el cual en la fase práctica es equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de un salario mínimo mensual legal vigente, dicha suma que no le permite realizar los pagos de aporte a pensión; aun así esta carga tampoco fue impuesta a la empresa patrocinadora, dado que la Ley 789 de 2002 lo que busca es el incentivo de las empresas para contratar a los estudiantes del Sena, a fin de que éstos puedan ser vinculados como trabajadores permanentes una vez terminen su última fase que es la práctica.

Ahora bien, en este sentido es necesario que el Gobierno Nacional establezca la manera de hacer menos onerosa la vinculación de practicantes del Sena a los empresarios y a su vez, protegerá de manera prevalente la seguridad social en pensión de éstos, a través del apoyo con el pago oportuno de la pensión legal, dando cumplimiento a lo establecido en el art.53 de la Constitución Política, sin perder de vista que esto deberá sopesar por analogía con los demás estudiantes y judicantes que realizan las prácticas en el sector público y de esta manera realice todos los trámites de rigor, para que a través Fosfec se hagan los pagos, sin entrar a calificar la calidad de uno u otro, ni menos aún desmejore su calidad y condiciones, como hasta la fecha se ha venido haciendo y se pudo constatar en el desarrollo de este trabajo.

Cabe resaltar que si el Estado no genera soluciones oportunas a la problemática que presentan los aprendices Sena, podría verse inmerso en una contingencia de mayor magnitud, ya que a pesar de ser una población minoritaria, deben tener una protección que propenda su derecho fundamental al mínimo vital y de ser el caso

el de su familia, pues es necesario decir que muchos de los trabajadores, empleados y aprendices, pueden ser cabezas de hogar que deben velar por el mínimo vital de los integrantes de su familia, lo cual no podría hacer en caso de que sufra una incapacidad de invalidez permanente por origen común, vejez o muerte, y no tenga la protección por parte de un Fondo de Pensiones, que le otorgue el reconocimiento de pensión en caso de que acontezcan cualquiera de los sucesos antes indicados, con lo cual el aprendiz o su sobreviviente recibiría una remuneración con la que pueda subsistir, y generar los pagos de manutención para llevar una vida en condiciones dignas.

Es así, como podemos observar la tan indudable necesidad de que el Gobierno Nacional sin dilación alguna haga el pago de dicho aporte, pues al contar con el Fosfec, puede hacer posible que dicho acontecimiento sea cierto y real para los aprendices Sena, quienes no quedarían en un limbo en caso de acontecer la incapacidad por invalidez de origen común, sino que por el contrario se encontrarían frente a una protección efectiva por parte del Estado.

2.) Demanda de inconstitucionalidad.

Otra de las posibles soluciones a efectos de conseguir una completa cobertura en Seguridad Social en pensión del aprendiz SENA, es inclusión a un Fondo de Pensiones, teniendo en cuenta que conforme lo establece el artículo 4 de nuestra Constitución Colombiana que a la letra indica:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

A su vez, el artículo 241 que dice: *“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

1...

3...

4. *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”.*

De lo anterior, podemos establecer la viabilidad de presentar una demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 30 de la ley 820 de 2003, por la ocurrencia de una omisión legislativa. Esto por cuanto la norma no establece la protección a la seguridad social del aprendiz Sena durante la fase lectiva y la práctica, pues durante la primera fase solo tiene la afiliación al régimen de salud y en la segunda fase de práctica al régimen de salud y riesgos profesionales, por lo que resulta evidente su exclusión del fondo de pensión. Es decir, que bajo la normatividad que rige al aprendiz Sena, éste no podría obtener una protección con la respectiva pensión en caso de sufrir una contingencia derivada de un accidente no laboral, sino de origen común.

De acuerdo a lo expuesto, resulta procedente instaurar la demanda de inconstitucionalidad, dado que su fundamento invoca la violación del derecho fundamental a la seguridad social en pensión, que al ser menoscaba conlleva a que también se vean vulnerados los derechos a la vida digna, a la salud y el mínimo vital, de una población minoritaria, como lo es, “los aprendices Sena”, ya que la norma acusada los deja sin posibilidades de ser beneficiarios del reconocimiento de la pensión.

Entonces nos encontramos, que una norma de orden legal, estaría ostentando un nivel más alto que una disposición constitucional, que a toda óbice desdibuja nuestro Estado Social de Derecho y la categoría importantísima que tiene nuestra Carta Magna, siendo esta una situación sobre la cual la Corte Constitucional ha realizado una línea jurisprudencial, estableciendo que prima en todo caso las disposiciones de orden constitucional, lo cual sin ninguna justificación ha sido desconocido por parte del Congreso al expedir la Ley 820 de 2003, contentiva del artículo objeto de demanda, sin tener en cuenta que debía sopesar la protección de los derechos fundamentales del aprendiz Sena, y ello sólo sería posible si en la dicha ley se disponía que a estos se le reconociera la pensión.

El artículo 48 de la Constitución determina que:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social (...).

Además, los tratados y declaraciones internacionales ofrecen instrumentos que fortalecen la protección de la seguridad social. Tal y como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia T-164 de 2013:

“...El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida

cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Igualmente, El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que: *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.*

Así mismo, se encuentra estipulado en el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.*

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe: *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.*

En el mismo sentido el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la ley 516 de 1999, en su artículo 1°, establece que reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano...”

Sin duda nos encontramos frente a un trato discriminatorio que impone el legislador a los aprendices Sena en la ley 789 de 2002. No existe justificación para que se vulnere el derecho a la igualdad de este tipo de trabajador frente a otros trabajadores. Esto es más evidente si tenemos en cuenta que la Corte Constitucional ya ha avanzado en su jurisprudencia hacia el reconocimiento de la igualdad de los aprendices, por ejemplo estableciendo analogías entre estos y los demás trabajadores, en ciertos derechos de los cuales parecían excluidas las personas naturales que estuvieran bajo el contrato de aprendizaje, como por ejemplo: la estabilidad ocupacional reforzada y la activación del fuero de maternidad.

Ahora bien, el contrato de aprendizaje según la ley no tiene una connotación laboral y por esa razón pertenece a una categoría especial. No obstante, la primacía de lo sustancial sobre lo formal hace que toda persona natural que preste servicios de manera directa, bajo subordinación, deba recibir protección social. Pero la ley 789 de 2002 otorga a los contratos de aprendizaje, el beneficio de la seguridad social al contratante, el cual es disminuido, pues sí bien les reconoce el

aporte a la salud y los riesgos laborales a quienes celebren dicho contrato, sin justificación alguna los excluye del sistema pensional.

Es indudable que el Joven aprendiz de nuestro caso, con una incapacidad grave e irreversible, se le vulnera su derecho a acceder al mínimo vital por su nueva situación, pues no puede incorporarse al mundo laboral, afectando así su calidad de vida, por eso la distinción que hace la Ley 789 de 2002 resulta contraria a la postura sostenida por la Corte constitucional que establece lo siguiente: *“...Cuando una persona padece el estado de extrema necesidad, no se le puede excluir de la protección eficaz a la dignidad personal a que tiene derecho, sino extenderle toda la ayuda posible, incluso otorgarle prelación en la destinación de bienes y servicios, de acuerdo con el artículo 11 superior. Si rige entre nosotros un Estado Social de Derecho, se deben destinar universalmente los bienes y servicios, de suerte que nadie quede excluido de la seguridad social. No puede haber excusa válida para la miseria y el abandono de los asociados. La inspiración social de la Carta Política no es un enunciado abstracto, se repite; es una de las finalidades esenciales del Estado Social de Derecho, y la Corte constitucional tiene el deber de defender la guarda e integridad de la Constitución. Por ello, para esta Corporación la seguridad social implica la coherencia entre validez y eficacia. De nada sirve a la comunidad que estén consagradas las garantías, si éstas no se realizan. La perfección significa realización de las finalidades de un ente. Es la realidad la pauta de la perfección...”*(que viene del latín perfectio, realizado (subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional declaró exequible la Ley 789 de 2002, sin embargo no se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del artículo que establece que el patrocinador del aprendiz Sena sólo debe realizar el aporte a salud y ARL, dejándolos totalmente excluido al reconocimiento del pago a pensión, ya que hasta el momento la misma no se ha acusado por violar los derechos fundamentales del aprendiz y por lo tanto, no ha sido objeto de estudio por parte de esa Corporación.

3.) La creación de un nuevo fondo que realice el pago oportuno a la seguridad social en pensión del aprendiz Sena.

La Práctica Académica que un alumno desarrolla en un contexto empresarial se concibe como el peldaño que cierra la particularidad de la formación universitaria, donde el estudiante tiene la oportunidad de evidenciar sus competencias y confrontarlas con el sector productivo que al mismo tiempo lo evalúa, es entonces

una oportunidad del estudiante de aplicar lo aprendido en la academia al sector real y complementar su conocimiento teórico con el práctico.

Este proceso ha sido muy bien recibido por la comunidad y los grupos de interés inherentes a la diada academia-contexto laboral; puesto que es una relación de beneficio mutuo, donde ambas partes (estudiante en práctica por un lado, y la empresa, por el otro) se favorecen porque sus objetivos particulares se facilitan con esta praxis.

Desde la perspectiva del estudiante, el nivel de beneficios es alto y progresivamente ha ido mejorando con el tiempo. En este propósito, el Decreto 055 de 2015) reglamentó la afiliación de estudiantes al Sistema General de Riesgos Laborales, y al año siguiente se firmó el Decreto 1669 de 2016, el cual reglamenta la seguridad social de los estudiantes que hagan parte de los programas de incentivo para las prácticas laborales y judicatura en el sector público.

No obstante, esos decretos que han venido favoreciendo paulatinamente a los estudiantes en práctica, no han sido suficientes para suplir las necesidades de esta vasta comunidad. Resultaría entonces oportuno que para el aprendiz Sena, aparte de estar cobijados con los beneficios de la ARL y Seguridad Social en salud, pudieran gozar también del beneficio de la pensión.

Con referencia a lo anterior, hay que decir que ese beneficio no tuvo en cuenta a los estudiantes en práctica, a lo mejor por la temporalidad característica de este proceso (el tiempo de práctica empresarial se limita a máximo dos años). En efecto, el régimen de pensiones en Colombia ha sido creado con el ánimo de garantizar a la población el amparo en la vejez y ante eventualidades como invalidez o muerte, pero cuando se habla de población, se hace referencia a individuos que son contratados temporal o indefinidamente mediante un contrato laboral, excluyendo al aprendiz Sena. Dicha omisión, no puede ser justificada solo por el carácter temporal de la praxis, ni porque se trate de contrato de aprendizaje y no de un contrato de trabajo, puesto que la posibilidad de morir o quedar incapacitado de por vida, está latente siempre en el desarrollo de las labores para las cuales fuere contratado.

Es por esto que en aras de enmendar la presunta vulneración del tan importantísimo derecho fundamental a la seguridad social, en este trabajo proponemos:

Atendiendo lo dispuesto en la Constitución de 1991, en la cual Colombia acogió al Estado Social de Derecho como forma de gobierno y que además en su artículo 1° estableció los derechos sociales fundamentales, con lo cual colocó en cabeza de

las autoridades públicas deberes puntuales para favorecer a las personas en condiciones de debilidad manifiesta. Es entonces como lo asiste al Estado colombiano, a través del Ministerio de la Protección Social, como gestor de las políticas públicas en materia de seguridad social, coadyuvar el financiamiento de la pensión de invalidez de dicha población, encontrándose dentro de ésta el aprendiz Sena, ya que no puede perderse de vista que tanto el Estado como en los particulares que manejan los recursos de la seguridad social de los colombianos, recae la responsabilidad de proteger dicho derecho.

Entonces, nace la posibilidad que sea el Estado quien directamente realice el pago de la seguridad social en pensión del aprendiz Sena, a través de un fondo que sea subsidiado y administrado por el Ministerio de Protección Social, ya que no existe inviabilidad constitucional que lo prohíba, pues a todas luces se observa que con el mismo, lo único que se haría es proteger un derecho fundamental a una población que por el hecho de ser minoritaria no puede ser dejada a la cumbre de lo incierto.

b) Una opción es también la creación de un fondo de pensiones, que cobije al aprendiz Sena tanto con la seguridad social en salud y ARL, como en pensión.

Lo anterior, teniendo en cuenta el rubro de la remuneración de sostenimiento mensual se puede considerar aceptable para un estudiante, por lo que éste podría destinar un mínimo porcentaje de dicho pago, para cotizar para su pensión.

Es así como éste podría pactar con el empleador i) asumir porcentajes moderados para el pago de este rubro mensual, ii) el subsidio por parte del Estado del porcentaje que al aprendiz corresponda. iii) que los aportes sean asumidos por el empleador y el aprendiz. Lo anterior, con el propósito de que este fondo se proteja de manera efectiva al aprendiz Sena.

c) La creación de un fondo de pensión, para los estudiantes con contrato de aprendiz en donde sea el estado por medio del servicio nacional de aprendizaje SENA, el responsable de cobijar al estudiante en su práctica de aprendiz con el aporte a la pensión. Ya que a partir de esta iniciativa se estaría protegiendo su mínimo vital en caso de una incapacidad permanente de origen común que supere el 50%, ya que no se puede descocer que esta población en desarrollo de sus

actividades de práctica puede padecer de un acontecimiento que lo lleve su pérdida de capacidad laboral.

Es necesario concluir, que la creación del fondo de pensión que beneficio al aprendiz Sena, tiene su sustento constitucional, tal como se dejo sentado en este trabajo, pues nuestra Constitución Política, de manera expresa establece que se debe resguardar la protección de toda la población Colombia, de manera igualitaria, y en su art. 13 indica:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...”

Bibliografía

Actualícese. (2009). *Contratos de Aprendizaje – Preguntas Frecuentes*.

Constitución Política de Colombia. (1991). *Artículo 13*.

Gomez, M. I. (2001). Transformación del trabajo y regulación laboral: 1990-2006. *precedente 2001*, 164.

Gómez, M. L. (2001). Transformación del trabajo y regulación laboral: 1990-2006 . *precedente*, 165.

Ley 188 de 1959 artículo 9. Colombia.

Decreto 1669 de 2016

Ley 789 de 2002