

Naturaleza jurídica de las modalidades formativas laborales en la empresa

Elmer Arce Ortiz

Profesor Auxiliar de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Las variables de formación y trabajo en las modalidades formativas 3. Políticas de fomento de empleo y formación profesional 4. Aprendizaje con predominio en la empresa 5. Aprendizaje con predominio en el centro de formación profesional: practicas preprofesionales 6. Práctica profesional 7. Capacitación laboral juvenil 8. Pasantía 9. Actualización para la reinserción laboral

1. Introducción

En la actualidad, la descentralización productiva, la vertiginosa introducción de nuevas tecnologías, el crecimiento de la temporalidad, y por ende, de la rotación de mano de obra, el aumento del desempleo, etc., han potenciado la idea de que la formación profesional del trabajador es fundamental para su supervivencia en el mercado de trabajo. Desaparecido el derecho de estabilidad en el empleo, sólo la permanente adquisición de conocimientos puede permitir que el trabajador se mantenga en su puesto o se reinserte en otros puestos del mercado.

Bajo esta lógica, se requiere un trabajador flexible, polivalente, cuya capacitación diversificada le otorgue la posibilidad de adecuarse más rápidamente a los procesos de producción, pudiendo desempeñarse con éxito en distintos puestos de trabajo. Sin duda, este loable objetivo formativo puede cumplirse en distintos ámbitos, como ocurre con los institutos superiores, talleres de formación, universidades, cursos de actualización de conocimientos, etc., no obstante, ha sido la formación en el seno de una empresa la que más polémica a causado. Y ello, porque mientras el beneficiario de la capacitación obtiene conocimientos prácticos de la actividad empresarial, genera a su vez utilidades patrimoniales a ésta. Es decir, no sólo existe adquisición de conocimientos teóricos y/o prácticos en la empresa, sino también existe un trabajo efectivo o un esfuerzo que realiza el beneficiario a favor de la organización empresarial¹.

Con mucha razón, se ha señalado que la formación en la empresa siempre va a tener un doble

componente: formación y trabajo. Que algunas veces esta correlación se incline más a la formación o capacitación y otras se incline más al trabajo efectivo, no es un problema que debe apartarnos de la conclusión central: la naturaleza mixta de las modalidades formativas en la empresa².

El problema de la Ley peruana es que desde el texto original de la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por Decreto Legislativo 728 en 1991, se viene negando sistemáticamente esta naturaleza mixta. El legislador peruano ha sobredimensionado el valor formativo dentro de la empresa, hasta el punto de negar la existencia de trabajo efectivo del beneficiario de la capacitación. Así como el texto original del Decreto Legislativo 728 negó la presencia de vínculo laboral en la formación laboral juvenil y en las prácticas pre-profesionales, el actual artículo 7 de la Ley 28518, Ley de Modalidades Formativas Laborales, ha seguido el mismo camino cuando advierte que «las modalidades formativas no están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la presente ley contiene».

Es por eso, que antes de abordar el objeto o finalidad concreta de cada modalidad formativa a que se refiere nuestra Ley 28518, es preciso que nos detengamos en dos temas trascendentales de carácter general. En primer lugar, habrá que abordar la naturaleza jurídica de los convenios o contratos formativos en la empresa, con el fin de determinar si corresponde la calificación de laboral o no. Más aún, como se ha dicho, si todas las capacitaciones por realizarse en una unidad empresarial tienen una naturaleza mixta. Y, en segundo lugar, analizar si el propósito del legislador es promover una formación

- 1 Se ha dicho, con mucha razón, que «surgen así todo un grupo de modalidades contractuales, denominadas contratos formativos, en los que, sin desaparecer el fin primordial productivo para la empresa y de vía de obtención de ingresos económicos para el trabajador, los derechos y deberes formativos se sitúan en pie de igualdad con esos otros objetivos básicos del cumplimiento del contrato» (CRUZ VILLALON, Jesús. «Estatuto de los trabajadores, comentado». Madrid, Tecnos, 2003. p. 157).
- 2 Desde hace tiempo, la doctrina ha defendido esta postura. Aunque, refiriéndose a lo que entre nosotros se denomina capacitación laboral juvenil. MONTOYA MELGAR, Alfredo. «Derecho del trabajo». Madrid, Tecnos, 2002. p. 587, ha señalado que «comenzando por la identificación de su naturaleza, ha de decirse que el contrato para la formación es de carácter mixto: tiene una finalidad formativa y productiva al tiempo. No se trata de puro contrato de trabajo ni de un puro contrato de enseñanza...». Incluso, recientemente, respecto del contrato de práctica profesionales se ha dicho que «No olvidemos, por tanto, que no se trata exclusivamente de un contrato formativo, sino que es necesario el desarrollo de la prestación de trabajo. Consecuentemente, si nos centramos en el análisis del objeto formal del contrato de prácticas, debemos señalar que se trata de realizar un trabajo, a través del cual, además, se facilita una formación práctica» (OJEDA AVILES, Antonio y GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Los contratos de trabajo temporales». Madrid, Iustel, 2006. p. 322).



profesional sería y tutelada o si, por el contrario, la finalidad es otra, utilizándose la formación profesional como una «pantalla». Mi impresión, y con cargo a probar lo que se dice, es que en la última reforma de 2005 se ha devaluado el propósito formativo a favor de una política salvaje de fomento del empleo.

2. Las variables de formación y trabajo en las modalidades formativas

Como ya se dijo, la ley peruana niega la presencia de vínculo laboral en todos los supuestos de modalidades formativas a que ella se refiere. Esta exclusión de la normativa laboral se menciona, aunque lo paradójico es que no se sustente jurídicamente.

Tratando de reconstruir el pensamiento del legislador, me parece que su punto fuerte está en presumir la ausencia de fin productivo en los beneficiarios de las modalidades formativas. Es decir, aparentemente el legislador presume que el único fin relevante de los sujetos en formación dentro de una empresa es el fin formativo (artículos I y II de la Ley 28518). Y ubicamos aquí el baricentro de la argumentación legislativa, porque no se puede negar el carácter personal que siempre tendrá el beneficiario ni tampoco se puede negar la dependencia jurídica a la que está sometido en las modalidades formativas. Sobre todo en lo que se refiere a este último elemento de laboralidad, el de la subordinación, hay que tener presente que el empresario es en última instancia quien dirige la ejecución del programa de actividades del beneficiario dentro de la empresa. No es por casualidad que el artículo 41 de la Ley 28518, referido a las obligaciones de las personas en formación, señala que el beneficiario debe observar las normas y reglamentos que rijan el centro de trabajo. En otras palabras, se someten al mismo poder de dirección al que están sometidos los demás trabajadores de la empresa³. Técnicamente, su prestación de actividad se coordina con el conjunto de la organización empresarial, lo que supone que la adecuación de sus prestaciones a las directrices que la conforman⁴.

Ahora bien, regresemos a la proclamada ausencia de fin productivo. Esta presunción legal de que el beneficiario de la formación se pone a disposición del empresario sin tener una finalidad económica, sólo puede admitirse razonablemente en dos casos: de un lado, adquisición de conocimientos teóricos, donde no se produzca ningún tipo de utilidad para la empresa, y, de otro lado, voluntad expresa del beneficiario de aceptar la capacitación práctica en la empresa (adiestramiento) sólo por el tiempo que dure la formación en sentido estricto.

Imaginemos, por ejemplo, a una persona que antes de empezar a trabajar en ventas o distribución, la empresa se compromete a brindarle un curso general de marketing y ventas por dos meses. Se entiende que en esos dos meses la persona no ha vendido ningún producto y, por tanto, no ha generado utilidad para la empresa. Es más, su capacitación no tiene una relación directa con un puesto de trabajo en concreto. En conclusión, no hay fin productivo en este periodo.

Sin embargo, imaginemos también que una persona ingresa a una empresa dedicada a la venta de boletos de avión. En primer lugar, lo capacitarán en conocimientos teóricos generales (mecanismos de ventas, datos sobre historia o economía de principales destinos turísticos, etc.). En segundo lugar, en conocimientos teóricos propios del puesto (líneas aéreas con las que se trabaja, sistema informático que se utiliza, etc.). Y, por último, se efectuará el adiestramiento práctico, esto es, ventas de prueba a clientes reales. Sin duda, esta última etapa de la formación ha de estar dirigida por un tutor que se encargue de planificar y supervisar los avances del beneficiario. Hasta aquí, no hay fin productivo. Pero, lo cierto es que a la segunda semana, el beneficiario de la formación venderá sólo los boletos. Es por eso, que la formación en sentido estricto acaba cuando el sujeto formado empieza a producir utilidades a la empresa sin necesidad de un tutor. A la inversa, sería ilógico pensar que el propio beneficiario puede autoformarse en el trabajo.

Otro ejemplo. Una persona que es admitida en un estudio jurídico bajo la modalidad de práctica profesional. Aquí, el tema es un tanto distinto al del ejemplo de quien vende boletos de avión, dado que el practicante llega al estudio con un bagaje de conocimientos teóricos adquiridos previamente que ha de poner en práctica en una empresa. Es cierto que, el practicante se entrenará en los aspectos prácticos de la profesión, pero ello no quita que su desempeño especializado genere utilidades patrimoniales al estudio jurídico. A lo más, aprenderá a redactar un alegato o una apelación las primeras semanas, sin embargo, todas las veces siguientes generará indiscutiblemente rentas al estudio.

Lo que debe quedar claro, a mi juicio, es que el legislador no puede presumir la ausencia de finalidad productiva en el beneficiario de la formación, sobre todo cuando ésta acaba y la persona continua al servicio de la empresa. No se puede negar que las modalidades formativas mezclan capacitación y trabajo. Y por ende, el beneficiario tendrá derecho a tener un fin productivo en la parte de trabajo efectivo que preste⁵.

De otro lado, al señalar que el único objeto de un convenio de cualquier modalidad formativa es

3 La inserción del beneficiario de la formación a la empresa implica de hecho una incorporación a la vida económica de la empresa. Así, lo ha destacado desde hace tiempo el profesor Guillermo CABANELLAS («Compendio de Derecho Laboral». Buenos Aires, Bibliografía Ameba, 1968, tomo I. p. 843) cuando ha señalado que: «bien es cierto que se tiene especialmente en cuenta la enseñanza que recibe el aprendiz; pero no resulta menos cierto que su actividad se incorpora a la empresa y a la economía de ésta para que su trabajo dé un rendimiento y su fruto sea más pronto que tarde el que deriva de una prestación subordinada de servicios».

4 PRADOS DE REYES, Francisco. «El contrato de aprendizaje». Granada, Universidad de Granada, 1979. p. 192.

la capacitación, estamos asumiendo que el empresario sólo tiene un fin también formativo. Falso. El empresario siempre tendrá un fin patrimonial, ya sea formando al beneficiario para obtener utilidades posteriores o ya sea con el fin de encontrar en la formación un campo de experimentación privilegiada para las contrataciones posteriores de recursos humanos de carácter estable que haga⁶.

De esta forma, no estoy en contra de la formación profesional en la empresa, ya que la creación de un trabajador polifuncional y flexible es importante en estos tiempos, no obstante, la flexibilidad no puede servir de pretexto para distorsionar la realidad. La flexibilidad no puede servir de «manto» para deslaborar relaciones jurídicas que tienen un margen importante de fin productivo. Si bien hay que admitir que las modalidades formativas que generen utilidad empresarial no pueden dar lugar a contratos de trabajo típicos, sí podría aceptarse que generen contratos de trabajo especiales⁷. Precisamente, su especialidad está en que el beneficiario es un sujeto que inicia su formación⁸.

Finalmente, aunque las modalidades formativas a que se refiere la Ley 28518 son excluidas de la normativa laboral por disposición expresa, llama la atención que el propio legislador otorgue al beneficiario un cúmulo de beneficios muy parecidos a los que tiene un trabajador (vacaciones, descansos semanales, pago mensual, seguro de salud, gratificaciones, etc.). Pero, más llamativo es el hecho que la primera disposición complementaria de la Ley señala que «los derechos y obligaciones derivados de la presente ley se interpretan de conformidad con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo». Una pregunta: si no son relaciones laborales, ¿por qué existe esta remisión a los convenios OIT?

3. Políticas de fomento de empleo y formación profesional

Aunque es evidente que de los primeros artículos de la Ley 28518 se deduce que el objetivo fundamental de las modalidades formativas en la empresa es la formación, lo cierto es que la mencionada norma ha devaluado concientemente este objetivo. Y lo ha hecho, con la finalidad de generar más empleo para colectivos con altos niveles de desocupación como son los jóvenes y los mayores de

45 años. En otras palabras, no es que el elemento formativo haya desaparecido, porque de ser así estaríamos ante indiscutibles contratos de trabajo típicos, sino que este objetivo de capacitación se ha visto parcialmente sustituido por la necesidad de utilizar las modalidades formativas como instrumentos precarios de entrada al mercado.

Como quiera que son los jóvenes y las personas en edad madura quienes tienen mayores dificultades para ingresar al mercado de trabajo, se incentivan estos convenios formativos utilizando la capacitación como un pretexto. Lo que se pretende, en todo caso, es romper las barreras del mercado con el fin de promover y fomentar la contratación de jóvenes y desempleados en edad adulta a bajo costo. En suma, se busca paliar las tasas de desempleo de ciertos colectivos creando fórmulas de contratación más atractivas para el empresariado. Sin embargo, la crítica que puede formularse a estas políticas de colocación es que transmite los perjuicios sólo al trabajador (por la vía de la creación de empleos precarios), sin que el Estado o los empresarios asuman costo alguno. Por ejemplo, el Estado podría otorgar beneficios tributarios, o acaso subvenciones económicas, a los empresarios que contraten trabajadores jóvenes o mayores de 45 años. O quizá, se podría exigir a los empresarios la contratación de un porcentaje fijo de trabajadores provenientes de colectivos con una alta tasa de desempleados. Lo importante es crear instrumentos de incentivo de la contratación, sin necesidad de volcar todos los perjuicios económicos sobre los trabajadores.

Esta devaluación de la formación profesional no es nueva, pues, por el contrario, se inició en 1991 con la aprobación del Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo. Sin embargo, la Ley 28518 de 2005 tampoco ha hecho nada por variar esta tendencia. En lugar de revitalizar la formación ha venido a fortalecer la finalidad de fomento del empleo a bajos costos para el empresario. Sin perjuicio de que en el análisis de cada modalidad formativa profundicemos en este tema, por ahora quisiera llamar la atención de tres aspectos generales que, a mi juicio, prueban la tendencia de fomento del empleo que subyace en la Ley 28518.

En primer lugar, la amplitud y la diversidad de modalidades formativas. De las dos modalidades que existían en el texto original de la Ley de Fomento del Empleo, convenios de formación laboral juvenil

5 Así lo ha puesto de manifiesto desde hace tiempo MONTOYA MELGAR, Alfredo. «Derecho del Trabajo». Madrid, Tecnos, 2002. pp. 585 ss.

6 Esta idea que también se puede predicar respecto de todas las modalidades formativas, se ha planteado de forma específica para el caso de las prácticas profesionales en España. Se ha dicho, en este sentido, que «al término del periodo de vigencia del contrato puede producirse una novación objetiva, que transforma el contrato en prácticas en un contrato ordinario. Lo que significa que es un eficaz instrumento en manos del empresario para reclutar la fuerza de trabajo necesarios» (APARICIO TOVAR, Joaquín. «Contrato de trabajo en prácticas y formación profesional permanente, en Dieciséis lecciones sobre la ley de relaciones laborales». Madrid, 1977. p. 119). En el mismo sentido, DURAN LOPEZ, Federico. «Notas sobre el régimen jurídico de los contratos de trabajo». En: REDT, n° 12, 1982. p. 524.

7 Entre nosotros, desde hace tiempo, Guillermo Boza concluyó que los convenios de formación laboral juvenil y de prácticas eran contratos laborales aunque de naturaleza especial (Vid., BOZA PRO, Guillermo. «Convenios de formación laboral juvenil y de prácticas: ¿capacitación para el empleo o precarización del mismo?». En: Asesoría Laboral, Lima, junio de 1992, p. 13 y 14). En el mismo sentido, aunque más recientemente, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «Instituciones del derecho laboral». Lima, Gaceta Jurídica, 2005. p. 170.

8 PRADOS DE REYES, Francisco. «El contrato de aprendizaje». Granada, Universidad de Granada, 1979. p. 265.



y prácticas preprofesionales, con el nuevo texto se han extendido a seis diferentes. Ello ofrece al empresario, sin duda, un amplio abanico de posibilidades para reclutar personas en formación. Además, potencia la rotación sucesiva de personas por las distintas modalidades formativas, en la medida que éstas no se excluyen entre sí.

En segundo lugar, el Reglamento de la Ley exonera inexplicablemente de la presentación de planes y programas de formación a las micro y pequeñas empresas. Sólo les exige la presentación de un compromiso de capacitación (disposición final y complementaria Quinta). Teniendo en cuenta que en el Perú el 80% de empresas tienen dimensiones reducidas, no nos extraña que la mayoría de empresas peruanas sólo tengan que aportar un simple compromiso de capacitación.

En tercer lugar, no existe obligación empresarial de contratar tutores para la formación de los beneficiarios, lo cual pone en entredicho la propia finalidad formativa. Además, los plazos de duración de la capacitación son excesivos. En algunos casos, como en la capacitación laboral juvenil o la actualización para la reinserción laboral, pueden extenderse hasta 24 meses (dos años).

Como se ve, en todos estos ejemplos el legislador prefiere claramente la proliferación de estos convenios con menoscabo de la formación profesional. Repito, se pone el énfasis en facilitar la contratación de personas, dejando al margen el fin formativo. No obstante, más allá de la contrariedad legal, la verdadera prueba de lo que se dice aquí está en las cifras de convenios registrados ante el Ministerio de Trabajo. Los convenios de formación laboral juvenil crecieron de 681 en el año 1993 a 59385 en el 2000; mientras, el número de convenios de prácticas preprofesionales crecieron en el mismo periodo de 7766 a 30975⁹. Estos números revelan que la formación profesional de las personas no es el objetivo central de las empresas peruanas.

En conclusión, la flexibilidad de nuestro ordenamiento jurídico en este tema no se orienta a la búsqueda de un trabajador polifuncional y moderno, sino se dirige a crear empleo precario¹⁰. Asumo que estas políticas de fomento del empleo serán de corte coyuntural, pues de lo contrario se estaría violentando el propio derecho al trabajo (artículo 22 Constitución). Lo curioso en la política legislativa peruana es que la «coyuntura» acaba de cumplir 15 años y cada día que pasa las modalidades formativas en la empresa atienden menos a la capacitación de las personas, sin embargo, no hay forma de reconocer su condición laboral.

Veamos ahora, las características de cada modalidad formativa a que se refiere la Ley peruana.

4. Aprendizaje con predominio en la empresa

Como advierte el artículo 11 de la Ley, «es la modalidad que se caracteriza por realizar mayoritariamente el proceso formativo en la empresa, con espacios definidos y programados de aprendizaje en el Centro de Formación Profesional». Como se ve, esta modalidad pretende acercar la educación de las personas a las necesidades y circunstancias empresariales. Y, en este sentido, se admite que un Centro de Formación Profesional planifique, dirija y conduzca las actividades de capacitación de los aprendices (artículo 10). Así, el Centro de Formación Profesional somete a la empresa a un plan de capacitación, y no al revés, lo cual permite resaltar el fin formativo de esta figura (artículo 8 de la Ley 28518).

Obviamente, el aprendizaje con predominio en la empresa podrá utilizarse en oficios o profesiones con un alto componente práctico, donde la empresa pueda aportar conocimientos al sujeto en formación. Ya que en los oficios o profesiones predominantemente teóricas (vg. ingeniería, ciencias sociales, derecho, etc.), no será lógico la utilización de esta modalidad. En todo caso, a estas últimas corresponde el de las prácticas preprofesionales (aprendizaje con predominio en el Centro de Formación).

La formación que preste la empresa al aprendiz no necesariamente ha de ser sólo práctica, pues también podría ser teórica si así lo estima conveniente el empresario. En todo caso, el Centro de Formación deberá tener conocimiento de la técnica de formación del empresario y dar su conformidad, por cuanto si no ejerce esta función fiscalizadora hay peligro de descuidar la formación.

Creo que en el aprendizaje con predominio en la empresa se revaloriza el objeto formativo. Claro está, siempre que la empresa subordine sus fines productivos al plan diseñado por el Centro de Formación Profesional (artículo 10 de la Ley). Sin embargo, no hay que perder de vista dos cosas: primero, el aprendiz presta sus servicios a la empresa y ésta obtiene utilidad con su trabajo; y, segundo, la empresa tiene aquí un amplio campo de experimentación que le permite escoger a los mejores cuadros de cara a la contratación de personal fijo. De este modo, no sólo existe el fin formativo. En conclusión, me parece que la Ley debiera reconocer naturaleza laboral a esta modalidad formativa, en la medida que se trata de un contrato de trabajo, si bien con características muy particulares (mezcla de formación y trabajo).

Finalmente, si no se produce la capacitación en la ocupación específica o se utiliza la actividad

9 Fuente: Anuario estadístico del MTPE. A estos números se ha remitido también el Informe titulado «Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente 2004-2006» elaborado por la Organización Internacional del Trabajo en el año 2003 (página 39).

10 Habría que aprender de otras experiencias nacionales donde los efectos de los contratos formativos en esas mismas condiciones fueron desastrosos. Para el caso español, se ha señalado que «la infravaloración como instrumento educativo profesional de la formación en alternancia y su tránsito hacia el no menos loable objetivo de inserción profesional juvenil desencadenó, sin embargo, el fracaso de la figura en ambos objetivos. Sin duda el objetivo de la inserción desligado de un contenido formativo digno tuvo un efecto multiplicador de la rotación de la fuerza laboral...» (BALLESTER PASTOR, María Amparo. «El contrato de formación y otras formas de contratación laboral en alternancia». Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. pp. 10 y 11).

del beneficiario en actividades ajenas al plan de capacitación del Centro de Formación, la relación jurídica se desnaturaliza. Es decir, el convenio de aprendizaje se convierte en un contrato de trabajo por tiempo indefinido (artículo 51.2 Ley 28518).

5. Aprendizaje con predominio en el Centro de Formación Profesional: Prácticas preprofesionales

El artículo 12 de la Ley señala que «es la modalidad que permite a la persona en formación, durante su condición de estudiante, aplicar sus conocimientos, habilidades y aptitudes mediante el desempeño en situación real de trabajo». Al igual que en el aprendizaje con predominio en la empresa, en las prácticas pre profesionales el beneficiario acerca sus conocimientos, básicamente teóricos, a la realidad y necesidad empresarial.

Como ya se dijo, los oficios o profesiones que encajen dentro de esta figura han de tener un contenido predominantemente teórico, pues en la empresa encontrará la formación práctica a modo de complemento¹¹. Lo que diferencia las prácticas preprofesionales de las profesionales no es precisamente este aspecto, sino la simultaneidad de la formación teórica del Centro de Formación y de la formación práctica adquirida en la empresa. Esta aprehensión simultánea de conocimientos, tanto teóricos como prácticos, van a distinguir a las prácticas preprofesionales de las profesionales.

Ahora bien, me parece que el objeto formativo de esta figura va en línea descendente. Y ello, fundamentalmente, porque en la actualidad los Centros de Formación Profesional (vg. sobre todo universidades) poco o nada han hecho para convertirse en planificadores y conductores de la capacitación en la modalidad de prácticas preprofesionales, a pesar de las obligaciones que le impone el artículo 43 de la Ley 28518. Según este artículo, los Centros de Formación Profesional deberían ser los responsables de planificar y desarrollar los programas formativos, así como de supervisar, evaluar y certificar las actividades formativas. En el Perú, las Universidades y los Centros Superiores no ofrecen a las empresas planes básicos de capacitación y menos aún fiscalizan el compromiso formativo de la actividad empresarial¹². Los practicantes preprofesionales muchas veces llegan a prestar servicios en empresas, para cuyas actividades específicas aún no han sido formados en los Centros de Formación.

Devaluado el carácter formativo, tal como se ha dicho, las prácticas preprofesionales sirven al empresario como un campo privilegiado de reclutamiento de trabajadores a futuro. Y no se debe olvidar también que el practicante pone su fuerza de trabajo a disposición del empresario, por lo que también ha de generarle utilidad patrimonial a la empresa. Nuevamente, me parece que la Ley se equivoca al negarle naturaleza laboral a este vínculo.

Por último, si no se produce la capacitación en la ocupación específica señalada en el convenio o se utiliza la actividad del beneficiario en actividades ajenas a la formación recibida por el beneficiario en el Centro de Formación, la relación jurídica se desnaturaliza. Es decir, el convenio de prácticas preprofesionales se convierte en un contrato de trabajo por tiempo indefinido (artículo 51.2 Ley 28518).

6. Práctica profesional

La práctica profesional es «la modalidad que busca consolidar los aprendizajes adquiridos a lo largo de la formación profesional, así como ejercitar su desempeño en una situación real de trabajo» (artículo 13 de la Ley). Nuevamente, el precepto hace referencia a la finalidad formativa sin mencionar otra finalidad adicional. A diferencia de las modalidades del aprendizaje, donde la adquisición de conocimientos en el seno de la empresa se produce de manera simultánea o alternada a la formación adquirida en el Centro de Formación Profesional, en el caso de la práctica profesional el paso por la empresa es sucesivo y posterior a la formación adquirida en el Centro de Formación Profesional o Universidad. Una vez que acaba la formación en una profesión, recién se podrá realizar la práctica profesional.

Me da la impresión, en virtud al enunciado genérico del artículo 13, que la práctica profesional se puede utilizar en todas las profesiones u oficios. Tanto en las profesiones u oficios en los que predomina la formación práctica (carreras técnico operativas) como en las que predomina la formación teórica (sobre todo carreras universitarias), se podría utilizar esta modalidad formativa como herramienta de consolidación de los aprendizajes adquiridos. Ello, sin duda, reclama una reflexión. Resulta exagerado que se instituya la práctica profesional en Centros de Formación donde se realiza un aprendizaje con predominio en la empresa. Si los estudiantes han sido

11 Hay que dejar claro que en muchas empresas, la formación práctica muchas veces es mezclada con etapas de formación teórica. Y es que no podríamos pensar que en el caso de un practicante en el área jurídica su formación teórica se ha agotado por su paso por la universidad. Piénsese, por ejemplo, en los cursos de capacitación externos que la empresa contrata para sus practicantes o en los foros de discusión de sentencias que se organizan al interior de algunos estudios de abogados. Sin embargo, lo que sí hay que señalar es que la formación teórica se presume obtenida en el Centro de Formación Profesional y la Ley no impone ninguna obligación al empresario de complementar la formación teórica del alumno en capacitación.

12 A lo más, algunas Universidades exigen a las empresas la presentación de una propuesta de plan de capacitación, cuyo efectivo cumplimiento no se fiscaliza. La labor de los Centros de Formación profesional ha de ser más dinámica si se quiere devolver a las prácticas preprofesionales su verdadero valor formativo. Deben transformarse en planificadores, directores y conductores de la formación de sus alumnos. Y creo que las empresas deberían aceptar este nuevo papel, ya que las normas generales del aprendizaje así lo exigen (por ejemplo, ver artículo 10 de la Ley 28518).

capacitados básicamente en el seno de actividades empresariales es ilógico que se les obligue a realizar una práctica profesional que sólo aportará conocimientos prácticos.

Sin embargo, lo que más llama la atención de esta modalidad formativa es que el Centro de Formación Profesional o Universidad ya no tiene obligación alguna de planificar y controlar la formación del practicante profesional. Recuérdese, que en los supuestos de aprendizaje, el Centro de Formación sí tenía esta obligación legal. Si el beneficiario de la formación ya no tiene un plan o programa de formación a cumplir, el empresario podrá utilizar su fuerza de trabajo sobre todo en función de sus intereses empresariales. Es más, las dos partes del convenio de prácticas son la empresa y el beneficiario (artículo 13).

Me parece que el legislador se equivoca cuando incluye como un supuesto de aprendizaje a la práctica profesional, puesto que en los supuestos de aprendizaje el Centro de Formación era parte del convenio y hasta desarrollaba labores de fiscalización. La práctica profesional responde a otro tipo de relación, donde la finalidad formativa es escasa. Quizá el Ministerio de Trabajo debería exigir planes o programas de formación para el caso de la práctica profesional, tal como lo hace en la capacitación laboral juvenil y en la actualización para la reinserción laboral, ya que ello fortalecería el papel formativo de esta modalidad.

En la línea de estas consideraciones, no me queda duda que el convenio de práctica profesional es un contrato de trabajo. Y es más, un contrato de trabajo que utiliza la formación del individuo casi como un pretexto. No se puede fomentar y promover la formación en una empresa con simples deseos o enunciados genéricos, sino que se necesitan normas imperativas que obliguen al empresario a realizar la capacitación. Es por eso, que las finalidades del legislador al momento de incluir este convenio fueron otras distintas a la formativa. Primero, supone un campo privilegiado para que el empleador escoja a sus próximos trabajadores. Algo así, como un periodo de prueba sin la necesidad de suscribir un contrato de trabajo¹³. Segundo, es básicamente una fórmula de fomento del empleo. El legislador pone el acento en el fomento de la contratación de la persona, a fin de reducir las tasas de desempleo juvenil, y descuida conscientemente la formación del individuo. Lo que importa, a mi juicio, es que ese joven esté realizando alguna actividad, sea cual fuere, pero que no se encuentre ocioso.

Finalmente, si no se produce la capacitación en la ocupación específica señalada en el convenio o se utiliza la actividad del beneficiario en actividades ajenas a la formación profesional recibida por el beneficiario, la relación jurídica se desnaturaliza. Es decir, el convenio de prácticas profesionales se convierte en un contrato de trabajo por tiempo indefinido (artículo 51.2 Ley 28518).

7. Capacitación laboral juvenil

Según el artículo 15 de la Ley 28518, «mediante esta modalidad se busca que el joven entre 16 y 23 años, que no haya culminado o ha interrumpido la educación básica, o que habiéndola culminado no sigue estudios de nivel superior sean técnicos o universitarios, adquiera los conocimientos teóricos y prácticos en el trabajo a fin de incorporarlos a la actividad económica en una ocupación específica». Ahora bien, lo característico de esta modalidad es que: i) el proceso formativo se realiza completamente o en buena parte en las unidades productivas de las empresas; y, ii) el proceso de adquisición de conocimientos teóricos y prácticos es simultáneo (a diferencia de las prácticas profesionales, donde este proceso se realiza de modo sucesivo).

Sin duda, lo que más llama la atención en la capacitación laboral juvenil es que la empresa se transforma en la encargada de diseñar, planificar y controlar el proceso formativo. Es decir, el empresario asume las responsabilidades que en las demás modalidades formativas correspondían a un Centro de Formación Profesional. Junto a la firma de un convenio de capacitación laboral, la empresa debe elaborar anualmente un Programa Específico de Capacitación Laboral Juvenil que será presentado ante la AAT (artículo 16 Ley).

El joven, por su parte, se obliga a cumplir las tareas productivas de la empresa, conforme a la reglamentación y normatividad de la empresa (artículo 16 Ley).

Como se ve, el legislador encarga la formación del beneficiario al empresario, sin desconocer que aquél prestará sus servicios a favor de los fines de la organización económica que representa éste. Al cumplir tareas productivas dirigidas por la empresa, el joven en formación también está trabajando¹⁴. Aquí, nuevamente salta a la vista el hecho de que se mezcla formación y trabajo. Como se ha dicho desde hace tiempo, «el trabajador en formación trabaja, pero lo hace para aprender ese oficio»¹⁵.

13 En España, el contrato de trabajo en prácticas (equivalente a nuestro convenio de práctica profesional) también ha sido considerado como «un eficaz instrumento en manos del empresario para reclutar la fuerza de trabajo necesaria» (Cfr. APARICIO TOVAR, Joaquín. «Contrato de trabajo en prácticas y formación laboral permanente». En: Dieciséis Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales, Madrid, 1977. p. 119).

14 Esta situación es la misma que se presenta en el tradicional contrato de trabajo de aprendizaje. Para la misma situación, Mario DE LA CUEVA opinaba lo siguiente en la década de los 40s: «los caracteres esenciales de este contrato: de un lado, elemento subordinación, característico del contrato de trabajo; de otro, obtiene el patrono un servicio como factor de producción; de ahí que el aprendiz se encuentre en las mismas condiciones que los demás trabajadores y que su contrato se distinga de que se celebra con un profesor para la enseñanza de una ciencia». (DE LA CUEVA, Mario. «Derecho Mexicano del Trabajo, México DF, 1943, tomo I. p. 721).

15 MONTOYA MELGAR, Alfredo. «Derecho del trabajo». Madrid, Tecnos, 2002. p. 589.

A pesar de que se niega relevancia laboral a esta modalidad formativa, el principal problema de la capacitación laboral juvenil está en la fuerte depreciación del elemento formativo. La legislación actual tiene un discurso contradictorio en este tema. Casi esquizofrénico, se podría decir. De un lado, coloca a la formación como el único objetivo del convenio de capacitación laboral, para excluirlo de la legislación laboral; pero, de otro lado, deprecia el contenido de la formación, a efectos de fomentar la contratación de trabajadores jóvenes.

Como muestra de lo que se dice, basta citar unos cuantos ejemplos. En primer lugar, el aprendizaje práctico no se realiza por medio de un tutor encargado. En segundo lugar, la Ley no exige que la capacitación se realice en un oficio determinado, sino que cualquier adquisición de conocimientos para incorporar al joven en formación a la actividad económica será suficiente. Sea éste un oficio o la capacitación en labores de un puesto de trabajo determinado. En tercer lugar, el Programa Específico de Capacitación Laboral Juvenil será grupal y no personal, por lo que la formación personalizada es impensable.

Quizá lo más criticable de todo este cuadro es que la Ley no es lo suficientemente clara cuando se refiere a la relación que debe existir entre formación práctica y formación teórica. En pura lógica, debería ocurrir que la adquisición de conocimientos teóricos guarde relación con los periodos de la formación práctica, sin embargo, en la Ley 28518 esta conexión casi no existe. Y decimos esto, porque si bien la ley exige al empresario un plan de capacitación (artículo 19.2), no le exige aparentemente un número mínimo de horas dedicadas a la formación teórica. La Ley sólo se refiere a que la «formación específica» ha de contener un número mínimo de cinco (5) horas semanales. No se sabe bien a qué se refiere el legislador con «formación específica», pero se entiende que no se refiere únicamente al tiempo de formación teórica. Me parece, que el concepto de «formación específica» habría que oponerlo a «trabajo efectivo», por lo que en la formación específica podrían adquirirse tanto conocimientos teóricos como prácticos bajo la responsabilidad de una tercera persona. Es más, no hay que sorprenderse si en alguna capacitación desaparece la formación teórica. Por ejemplo, de qué conocimientos teóricos hablamos cuando la capacitación se realiza en labores de poca y ninguna complejidad como lo permite el artículo 20 de la propia Ley. Además, si ya existe un puente roto entre la formación práctica y la teórica en el ámbito de la capacitación laboral juvenil, esta situación se agrava al permitirse que la «formación específica» pueda ser sustituida por estudios externos conducentes a la culminación de ciclos de Formación

Profesional patrocinados por la empresa (artículo 19.2). De este modo, el diseño de adquisición de conocimientos en esta modalidad formativa es poco serio¹⁶.

En conclusión, me parece que el legislador distorsiona la finalidad formativa de la capacitación laboral juvenil. Se defiende la capacitación o la formación en las empresas cuando conviene y se desvaloriza cuando no interesa. El objeto de este convenio es, a mi juicio, de fomento del empleo.

Por último, la falta de capacitación en la ocupación específica desnaturaliza la modalidad formativa, convirtiendo el convenio en un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Eso sí, la falta de capacitación puede ocurrir en dos supuestos distintos. Primero, capacitación en una ocupación distinta a la que figura en el convenio de capacitación laboral juvenil. Segundo, asumiendo que la capacitación se produce en la ocupación específica que figura en el convenio, la falta de capacitación se produce cuando no se cumple con los periodos de formación específica (5 horas a la semana).

8. Pasantía

La pasantía, en términos generales, persigue el mismo objeto formativo que se reconoce a todas las modalidades formativas. Busca relacionar al beneficiario, que realiza sus estudios o que se desempeña como docente, con el mundo del trabajo y la empresa. La pasantía, adicionalmente a la capacitación, ofrece al beneficiario información de las posibilidades de empleo existentes y de la dinámica de producción de bienes y servicios (artículo 23 de la Ley 28518). Es por eso, que el paso del beneficiario por la empresa constituye un elemento secundario, respecto a la formación principal que recibe el estudiante en su centro de formación o que tiene el docente.

Ahora bien, la pasantía de estudiantes responde a una necesidad curricular. Es decir, a diferencia de la práctica preprofesional que no tiene una exigencia curricular, sino sólo formativa; la pasantía de estudiantes en una empresa (según la Ley, de cualquier Centro de Formación Profesional o de centros educativos de educación secundaria) se exige como parte del programa de estudios. De este modo, el Centro de Formación Profesional o los centros educativos de educación secundaria han de tener dos obligaciones que fortalecen la finalidad formativa. Primero, en su programa de estudios debe constar la pasantía (artículo 23). Segundo, ha de diseñar un plan específico de pasantía a efectos de dirigir y conducir el proceso formativo (artículo 25).

De otro lado, la pasantía de docentes a los que se refiere la Ley tiene por finalidad la de actualizar,

16 El reforzamiento del contenido y alcance de la formación teórica del contrato de formación ha sido uno de los objetivos prioritarios de las últimas reformas europeas. En España, se ha tratado de perfilar con mayor sentido la formación teórica en el contrato de trabajo de formación, con el fin de potenciar una mano de obra cualificada en el contexto de mayor flexibilidad y competitividad productiva. (BALLESTER PASTOR, María Amparo. «El contrato de formación y otras formas de contratación laboral en alternancia». Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. pp. 17 ss.

perfeccionar y especializar a los docentes y catedráticos, así como mejorar sus conocimientos tecnológicos de innovación. Ello, sin duda, será un gran aporte a la labor docente que se realice con posterioridad. Aquí también el Centro de Formación Profesional o el centro educativo de educación secundaria tiene a su cargo la planificación y el diseño del itinerario de pasantía del profesor, así como su monitoreo y seguimiento (artículo 28).

La formación en esta modalidad está también asegurada, siempre que los centros de formación profesional y los de educación secundaria cumplan su labor de entes planificadores y directores del ciclo de capacitación al interior de la empresa. No obstante, seguimos haciendo hincapié en el hecho de que la persona en formación sigue generando utilidades patrimoniales para la empresa. Es más, cuando se menciona las obligaciones del docente en pasantía se dice claramente: «se obliga a cumplir las tareas productivas de la empresa» (artículo 28 de la Ley). Me parece que también estamos ante un contrato de trabajo que sin embargo tiene un plazo de duración muy breve (máximo, tres meses). Quizá sólo en atención a este corto plazo de duración se podría aceptar que el trabajo prestado es retribuido por los conocimientos adquiridos en la empresa. No obstante, seguiríamos pensando que se trata de un contrato de trabajo con una remuneración en especie (servicios educativos).

Por último, si no se produce la capacitación en la ocupación específica señalada en el convenio o plan de estudios o se utiliza la actividad del beneficiario en actividades ajenas a la formación recibida por el beneficiario en el Centro de Formación o centro de educación secundaria, la relación jurídica se desnaturaliza. Es decir, el convenio de pasantía se convierte en un contrato de trabajo por tiempo indefinido (artículo 51.2 Ley 28518).

9. Actualización para la reinserción laboral

Esta modalidad formativa busca «mejorar la empleabilidad así como las posibilidades de reinserción de trabajadores no ocupados (desempleados del sector público o privado) entre 45 y 65 años, que se encuentren en situación de desempleo prolongado, mayor a doce (12) meses continuos, habiéndose desempeñado como trabajadores sean empleados y/u obreros» (artículo 30 de la Ley 28518). En otras palabras, se busca recalificar a este colectivo de personas en edad madura en áreas donde tienen alguna experiencia o, cuando menos, dotarlos de nuevas calificaciones (artículo 29 de la Ley). Es en estos dos objetivos donde se resalta la finalidad formativa de esta modalidad.

A pesar de la trascendencia de este objetivo formativo, el problema que se presenta en el caso de la actualización para la reinserción laboral es el mismo que destacamos a la hora de mencionar la capacitación laboral juvenil: La formación la realiza la empresa en sus propias unidades productivas. Si bien nadie niega las dificultades que pueden tener las personas mayores

de 45 años para insertarse en el mercado de trabajo, la deslaboralización de estas relaciones jurídicas no es el camino idóneo. Como ya se dijo, una vez que el beneficiario ingresa al engranaje empresarial va a producir utilidades a la empresa. Así lo dice el propio artículo 31 de la Ley: «el beneficiario se obliga a cumplir las tareas productivas de la empresa». Es por eso, que no puede resaltarse hipócritamente el fin formativo hasta el punto de negar la existencia de un fin económico del beneficiario.

En conexión con esta idea, la empresa ejercerá su poder de dirección desde el momento que tiene la responsabilidad legal de brindar facilidades al adulto para que se actualice mediante la ejecución de tareas productivas, de acuerdo a un plan, llamado Plan de Entrenamiento y Actualización, que deberá ser elaborado conjuntamente por la empresa y el beneficiario (artículo 31 Ley). Al margen de sea quien sea el sujeto que elabore el Plan de Entrenamiento y Actualización debe quedar claro que las tareas productivas encargadas al beneficiario han de insertarse por fuerza en el plan empresarial y no al revés.

No me queda la menor duda de que en este caso estamos ante un contrato de trabajo, donde la formación en el día a día será inexistente. Me explico, si el legislador permite que el empresario contrate a una persona con experiencia en alguna actividad, entonces la inversión en formación será mínima. Esa persona estará preparada para cumplir las tareas productivas impuestas por la empresa, salvo que en el último año la forma de cumplir estas tareas haya cambiado de manera significativa. Por otro lado, habrá que analizar qué ocupaciones están más expuestas a los cambios y qué otras no lo están, porque de no existir un límite legal en este sentido es evidente que la tendencia empresarial empujará hacia las segundas. Obviamente, el empresario reclutará personas de edad madura con experiencia en ocupaciones poco cambiantes y que, por ende, demanden menos inversión en formación o reactualización.

En todo caso, la finalidad formativa sólo tendrá relevancia en los casos donde el beneficiario aprenda un nuevo oficio u obtenga nuevas calificaciones. No obstante, es dudoso el desarrollo de este supuesto no sólo por los beneficios económicos que ofrece reclutar personas mayores con experiencia, sino porque la misma Ley lo margina. Según el artículo 34 de la Ley, último párrafo, «la labor específica del beneficiario debe estar de preferencia relacionada con la experiencia y calificaciones del beneficiario».

Pero más allá de esta explicación de corte económico, la formación también se ve devaluada en la regulación de la actualización para la reinserción laboral. Como se ha probado en las demás modalidades formativas de la Ley 28518, la formación normalmente cede al objetivo de política de empleo. Veamos algunos ejemplos.

En primer lugar, a pesar del silencio de la Ley, el Reglamento ha creado la figura de los «responsables del seguimiento de la formación» (artículo 43 del Reglamento). Sin embargo, no se mencionan las labores de estos responsables.



¿Serán personas sólo encargadas de las personas en formación (tutores en sentido estricto) o serán superiores que tienen otras funciones adicionales?. Tampoco se señala el número de personas en formación que estarán bajo la supervisión de estos responsables. No es lo mismo, un responsable para 20 personas, que uno para 1 ó 2.

En segundo lugar, la duración del proceso de reactualización es exagerada. El artículo 37 de la Ley señala que los convenios pueden extenderse hasta dos (2) años.

En tercer lugar, claramente no hay una relación entre trabajo efectivo y formación de tipo teórico. El Plan de Entrenamiento y Actualización se divide en dos: de un lado, entrenamiento en el puesto de trabajo designado, que no es otra cosa que entrega de su fuerza de trabajo a la empresa por parte del beneficiario; y, de otro lado, un programa complementario de formación y actualización, donde se brindará formación en términos generales u orientación para la búsqueda de empleo o creación de algún negocio (artículo 36 Ley). En realidad, como era de presumir, el entrenamiento en la mayoría de los casos no tendrá ni siquiera una relación indirecta con el programa complementario. Es más, tampoco se señala que el programa complementario debe ser íntegramente teórico, pues por ejemplo la orientación para la búsqueda de empleo se puede cumplir a través de pasantías en otras empresas cuyo carácter práctico es indiscutible. Eso sí, la pasantía no podrá desviarse de su objetivo primordial: la orientación y asesoría para la búsqueda de empleo.

Entre lo que se debe destacar está el hecho de que el Plan de Entrenamiento y Actualización, a diferencia del programa específico de capacitación laboral juvenil, es personalizado. Esto es, no se aplica a todo un grupo, sino sólo a una persona.

En conclusión, el legislador encubre un fraude al negar vínculo laboral a esta modalidad formativa, pero no sólo eso. A su vez, ensalza un carácter formativo de la actualización para la reinserción laboral, cuando lo que en realidad quiere es mejorar las posibilidades de contratación de los trabajadores mayores de 45 años. El fin formativo se debilita, mientras aparece con fuerza el objetivo de una política de empleo consistente en la precarización de las condiciones de trabajo.

Por último, la falta de capacitación en la labor indicada en el plan de entrenamiento y actualización desnaturaliza la modalidad formativa, convirtiendo el convenio en un contrato de trabajo por tiempo indeterminado (artículo 52.2 de la Ley). Eso sí, la falta de capacitación puede ocurrir en dos supuestos distintos. Primero, capacitación en una labor distinta a la que figura en el convenio de actualización o plan de entrenamiento y actualización. Segundo, asumiendo que la capacitación se produce en la labor que figura en el convenio o en el mencionado plan, la falta de capacitación se produce cuando no se cumple con los periodos de formación que se indican en el plan de entrenamiento y actualización (1700 horas de entrenamiento en el puesto de trabajo como mínimo y 300 horas del programa complementario de servicios de formación). 

