

RIESGOS ASEGURADOS: PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES¹

Laura Johana Santos Vargas²

RESUMEN. El no pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales por parte del contratista o un tercero es un riesgo existente durante la ejecución de muchos contratos e incluso tiempo después, por este motivo se encuentra en la lista de amparos que conforman la garantía única de cumplimiento. Este escrito se enfoca en la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, el tema se desarrolla de la siguiente manera: en primer lugar, se hace referencia a los aspectos generales de este amparo; posteriormente, se analiza su ámbito de cobertura preocupándose por el tipo de vínculos amparados y el criterio temporal y en tercer lugar, se trata el tema de la obligatoriedad frente a la inclusión de este amparo cuando se requiere la garantía única de cumplimiento.

Introducción

El Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– continua con el estudio de la cláusula de garantías, profundizando en los riesgos asegurados. En esta oportunidad se estudia particularmente el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales –numeral 4° del artículo 2.2.1.2.3.1.7. y artículo 2.2.1.2.3.1.13. del Decreto 1082 de 2015–. Para el estudio de la cobertura de este riesgo se abordan los siguientes temas: *i)* aspectos generales, donde se menciona el avance normativo de este amparo y la regulación vigente; *ii)* su ámbito de cobertura enfatizando en los vínculos o tipologías contractuales amparadas y el criterio temporal y *iii)* la obligatoriedad frente a la inclusión del amparo siempre que se requiere garantía única de cumplimiento.

1. Aspectos generales del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 28 de octubre de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Cristian Andrés Díaz Díez y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo– sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: supervisión e interventoría, dirigida por Richard Ramírez Grisales –Investigador Principal–, texto que pertenecerá a la Serie: Cláusula de garantías.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel III, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

Como antecedentes de la obligación de cubrir el riesgo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, en primer lugar, se encuentra el Decreto 1670 de 1975, el cual en su artículo 55 establecía la obligación de otorgar garantía para responder por las prestaciones sociales en los casos en que el contratista utilizara su propio personal. Esta disposición se mantuvo de igual manera en el Decreto 150 de 1976.

Posteriormente, fue el Decreto 222 de 1983 el que introdujo cambios. Este en el artículo 48 establecía que la garantía del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se debía prorrogar por un término no inferior a tres años, contados a partir de la fecha de recibo del bien, obra o servicio a cabalidad. Bajo esta regulación la aprobación de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se consideraba una condición necesaria para que el acta de recibo produjera efectos legales y contractuales.

Adicionalmente, el artículo 67 *ibidem* establecía que en todo contrato se debía pactar de manera expresa la obligación de garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal del que se debía servir el contratista para la ejecución del contrato. Fue hasta el Decreto 734 de 2012, artículo 5.1.4., que se determinó cuáles eran los riesgos que debía amparar la garantía derivados del incumplimiento de obligaciones. Según este artículo la garantía debía amparar los perjuicios o sanciones derivadas del incumplimiento del contrato, señalando de manera enunciativa en el artículo 5.1.4.2.4. el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.

Este amparo debía cubrir a la entidad contratante de los perjuicios que se le ocasionaran como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a las que estuviera obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional. Así mismo, este artículo estableció una excepción para la inclusión de esta garantía frente a los contratos que se ejecuten en su totalidad fuera del territorio nacional por personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al nacional.

La misma línea se mantuvo en el Decreto 1510 de 2013, este estableció en el numeral 4° del artículo 116 que la garantía de cumplimiento debe cubrir el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales para cubrir a la entidad de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación de personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado. Así mismo, señala que la entidad no debe exigir una garantía para cubrir este riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional para con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

La obligación de que la garantía no sea inferior al 5% del valor del contrato se introdujo con el Decreto 734 de 2012, en el mismo sentido se estableció en el Decreto 1510 de 2013 y así se mantiene en el Decreto 1082 de 2015. Por su parte, la obligación de que la garantía se extienda por el plazo del contrato y tres años más se creó a partir del Decreto 222 de 1983, pero se mantuvo en los mismos decretos.

Actualmente, el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales lo reglamentan los artículos 2.2.1.2.3.1.7. y 2.2.1.2.3.1.13. del Decreto 1082 de 2015. Estos mantienen la esencia de lo establecido en el Decreto 1510 de 2013, esto es: *i)* el riesgo cubierto son los perjuicios que se le ocasionen a la entidad por el incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo del contratista derivadas de la contratación del personal que utilice en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado; *ii)* se mantiene la excepción de exigir esta garantía para los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano; *iii)* la vigencia de la garantía debe ser por el plazo del contrato y tres años más y *iv)* el valor de la garantía no puede ser inferior al 5% del valor total del contrato. Como se evidencia, la esencia de este amparo se mantiene a lo largo del tiempo.

No hay mayor desarrollo doctrinal ni jurisprudencial frente a este amparo, aunque algunos autores se refieren a este tema señalando lo expresado en diferentes normas a lo largo del tiempo³.

2. Ámbito de cobertura del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales

Cuando se hace referencia al ámbito de aplicación del amparo objeto de estudio se pretende dar cuenta de: *i)* a qué tipo de contratos o relaciones laborales cubre este amparo; *ii)* cuales son los elementos cubiertos, es decir, frente al no pago de qué aspectos concretamente se encuentra cubierto el riesgo, y *iii)* el criterio temporal o la vigencia del amparo objeto de estudio.

2.1. Relaciones laborales o tipologías contractuales amparadas

³ Frente a este amparo se refiere: EXPOSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. 1ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. P. 153; DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª Edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 558; PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2020. p. 660; GÓMEZ LEE, Iván Darío. Análisis y comentarios a los reglamentos. Nuevo Decreto 1082 de 2015. 2ª Edición. Colombia: Legis Editores S.A., 2015. P. 127.

Es posible discutir la cobertura del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales frente a relaciones de carácter laboral, de prestación de servicios e incluso otras. Es fundamental identificar a qué tipo de vínculos entre el contratista y el tercero cobija este amparo, pues la norma vigente no hace mayor precisión, más allá de referirse a los perjuicios derivados del incumplimiento de *obligaciones laborales*.

Según Expósito Vélez el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales opera para relaciones de carácter laboral «[...] es decir que no cobija las relaciones con contratistas independientes vinculados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios»⁴. El fundamento de este autor es el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo⁵; según él, la lógica de este criterio «[...] radica en la existencia de un vínculo de solidaridad entre el contratista y el beneficiario de los trabajos, esto es, la entidad estatal, a menos de que se trate de labores ajenas al giro normal de la misma»⁶, en ese sentido, bajo la condición de que exista un vínculo de solidaridad, el trabajador podría demandar indistintamente a la entidad como beneficiaria de las actividades realizadas o al contratista como empleador.

La misma idea es compartida por Dávila Vinuesa, quien también se basa en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo para explicar que el beneficiario del trabajo o el dueño de la obra es solidariamente responsable con el contratista por el pago de los salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales a que tenga derecho el personal utilizado por el contratista en la ejecución del objeto contractual. En ese sentido el autor menciona que: «[...] debido a la solidaridad, si el contratista incumple sus obligaciones laborales, los trabajadores de este podrían repetir contra la entidad contratante, ocasionándole un detrimento

⁴ EXPÓSITO. Op, Cit., p. 151.

⁵ «Artículo 34. Contratistas independientes.

» 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

» 2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas».

⁶ EXPÓSITO. Op, Cit., p. 151.

patrimonial»⁷. Según lo que expresa el autor no queda claro en qué sentido los trabajadores repetirían contra la entidad, del artículo *ibidem* se deriva la posibilidad de repetir, pero podría hacerlo el beneficiario de la prestación del servicio, es decir la entidad, contra el contratista.

En ese sentido, es claro que el amparo objeto de estudio cubre los perjuicios derivados por el incumplimiento de ciertos pagos: *i)* en las *relaciones de carácter laboral*⁸, y *ii)* en los contratos de prestación de servicios siempre y cuando el beneficiario del servicio y el contratista sean *solidariamente responsables*. De la redacción del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se entiende que existe solidaridad siempre que las labores del beneficiario del trabajo no sean extrañas a las actividades normales del contratista⁹.

Por otra parte, está el supuesto de las empresas de servicios temporales a través de las cuales también se contrata personal con el fin de cumplir con el objeto contractual principal. La Ley 50 de 1990, que introdujo reformas al Código Sustantivo del Trabajo, y el Decreto 4369 de 2006, mediante el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales definen a estas últimas de la siguiente manera:

«Artículo 2°. Definición de Empresa de Servicios Temporales. Empresa de Servicios Temporales "EST" es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de

⁷ DÁVILA. Op, Cit., p. 555.

⁸Los elementos de la relación laboral son: prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y remuneración por los servicios prestados. La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado este tema en sentencias como: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de septiembre de 2023. Rad. 96473. M.P. Omar de Jesús Restrepo Ochoa y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 23 de agosto de 2023. Rad. 95620. M.P. Jorge Prada Sánchez.

⁹ Frente al tema se refiere: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C—593 de 2014. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 2 de junio de 2009. Rad. 33082. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. En esta última se indicó: «Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado».

Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador»

Nada impide que los contratistas vinculen al personal que requieren para la ejecución del contrato principal con la intermediación de una empresa de servicios temporales, pues no se encuentra fundamento del que se derive tal prohibición, en todo caso, siempre que exista el riesgo de un perjuicio para la entidad producto del no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales se debe suscribir este amparo. Bajo el supuesto de la vinculación de los trabajadores mediante una empresa de servicios temporales persiste el riesgo de incumplimiento de las obligaciones laborales derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato —artículo 2.2.1.2.3.1.7., numeral 4°—, obligación que en principio estaría en cabeza del contratista, pero este la traslado a un tercero.

Según el artículo 74 de la Ley 50 de 1990, los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos categorías: *i*) los trabajadores de planta, que son todos aquellos que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales, y *ii*) los trabajadores en misión, que son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado. Para la ejecución del contrato principal el contratista puede requerir tanto trabajadores de planta, como trabajadores en misión, dependiendo de las distintas actividades requeridas para cumplir con el objeto contractual, frente a lo cual la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que «[...] en ambas categorías, [...], esas empresas tienen la condición de empleador»¹⁰. Así mismo se advierte que:

«[...] la única responsable de los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar y de las indemnizaciones que se llegaren a causar a favor de los trabajadores en misión, era la empresa de servicios temporales demandante, puesto que su condición en esa relación laboral era la de empleadora de ellos, obligación que no podía trasladarse a un tercero o

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 15 de octubre de 2019. Exp. 3504-15. C.P. Carmelo Perdomo Cueter. En esta sentencia la accionante es una empresa de servicios temporales, la cual suscribió un contrato con una unión temporal para el suministro de personal asistencial y administrativo para el Hospital Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Esta último incumplió con el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social integral de los trabajadores en misión, así que frente a quejas por parte de los trabajadores el entonces Ministerio de Protección Social inició procedimiento administrativo que culminó en la declaratoria del siniestro y la orden de pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones con cargo a la póliza de cumplimiento. La parte actora estaba en desacuerdo por considerar que no se llevó a cabo un análisis de su situación financiera para definir su supuesta iliquidez. Finalmente, se confirmó la sentencia de primera instancia pues de la norma no se deriva la obligación de adelantar estudios económicos, basta con cumplir alguno de los supuestos que la misma enuncia.

excusarse en una deuda causada, igualmente, con un agente externo, como en efecto ocurrió en este proceso, específicamente en sede administrativa»¹¹.

Frente a este tema de las empresas de servicios temporales es importante mencionar que el artículo 11 del Decreto 4369 de 2006 obliga a estas empresas a constituir una póliza de garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, esta debe ser en favor de los trabajadores en misión, con el fin de asegurar el pago de sus salarios, prestaciones sociales en indemnizaciones, en caso de iliquidez de la empresa, este se debe depositar en el Ministerio de Protección Social —actualmente, Ministerio de Salud y Protección Social—.

Esta obligación tiene como objetivo cubrir los mismos riesgos que cubre el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales de la garantía única de cumplimiento, con la diferencia de que la póliza a la que se refiere el Decreto 4369 de 2006 cubre este riesgo siempre que el no pago se derive de iliquidez de la empresa de servicios temporales. En ese sentido, surge la duda frente a la necesidad de incluir el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales a pesar de que el contratista acredite la constitución de la póliza a que se refiere el artículo 11 *ibidem*, o si basta con ampliar la cobertura de esta última póliza por el tiempo que exige el amparo a que se refiere el Decreto 1082 de 2015, es decir, tres años adicionales luego de vencido el plazo del contrato principal.

Estos supuestos no se consideran posibles a la luz de lo establecido por la norma, pues: *i)* no se evidencia tal posibilidad frente al amparo objeto de estudio, a diferencia del amparo de responsabilidad civil extracontractual que si permite un seguro propio por parte del subcontratista; *ii)* en la póliza del Decreto 4369 de 2006 los beneficiarios son los trabajadores de la empresa de servicios temporales, mientras que en la póliza del Decreto 1082 de 2015 adicionalmente debe ser beneficiaria la entidad; *iii)* aquella póliza no establece criterios temporales ni de valor de la póliza, a diferencia de este que exige mínimo un 5% del valor total del contrato amparado y el término de tres años posteriores al vencimiento del plazo del contrato y *iv)* la póliza del Decreto 4369 de 2006 tiene un elemento que limita la posibilidad de declarar el siniestro, esto es, la necesidad de que el no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se dé como consecuencia de la iliquidez de la empresa de servicios temporales, límite que no debe estar bajo lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP—.

En resumen, la norma no limita el amparo a algún vínculo particular entre el contratista y el tercero, más allá de la expresión «obligaciones laborales»

¹¹ *Ibid.*

contenida en el numeral 4° del artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015. En ese orden de ideas, el riesgo que cubre el amparo objeto de estudio se deriva de todo vínculo en el cual existan los 3 elementos de la relación laboral, independientemente de la denominación que quiera asignársele a ese vínculo.

En ese orden de ideas, la entidad debe identificar si para la ejecución de cada contrato es necesario contratar personal y crear vínculos laborales en razón a las tareas que se deban desempeñar, en caso de que sí se requiera surge la obligación de la entidad de suscribir el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Esto sin importar que posteriormente el contratista decida contratar a un tercero para que sea él quien vincule el personal, es decir, que se sirva de una empresa de servicios temporales.

2.2. Criterio temporal frente a la inclusión de este amparo

Como se mencionó, actualmente el Decreto 1082 de 2015 regula la suficiencia de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales y señala que la garantía debe estar vigente por el plazo del contrato y durante tres años más. Frente a este tema de la vigencia de la póliza Juan Carlos Expósito explica que: ese «[...] término de 3 años se consagró porque este es el término que tienen los trabajadores para acudir ante la jurisdicción laboral ordinaria a reclamar sus pretensiones»¹². Lo cual significa que todo lo que supere ese plazo no puede ser causa jurídica para la declaración del siniestro, pues la vigencia de la póliza ya habría expirado.

Se observan varias posturas frente a la idoneidad y necesidad de la extensión del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales por tres años más luego de vencido el plazo del contrato. Bajo una primera postura, se considera que no tiene mayor sentido la obligación de extender la vigencia de la póliza durante esos tres años adicionales, pues el siniestro siempre se va a configurar durante la vigencia del contrato principal e incluso algunos meses luego, esto debido a que la obligación de realizar esos pagos sólo estará vigente durante la ejecución del contrato principal.

Por otra parte, se considera que la obligación de pagar salarios o prestaciones sociales se supedita a la vigencia del contrato principal, pues si bien están relacionadas las relaciones entre trabajadores - contratista - entidad, no dejan de ser independientes. Es decir, que puede terminar el plazo del contrato entre la entidad y el contratista, pero eso no implica necesariamente que se termine

¹² EXPÓSITO. Op, Cit., p. 151. Vale la pena aclarar que si bien, el autor basa sus afirmaciones en el Decreto 734 de 2012, la idea fundamental de cobertura durante tres años luego de la vigencia del contrato se mantuvo durante los decretos posteriores e incluso en el vigente.

el contrato entre este y el o los trabajadores, pues una vez terminado el plazo del contrato con la entidad se mantienen y nacen nuevas obligaciones que requieren la ayuda de algunos trabajadores, así que el contratista debe continuar con su obligación de pago de salarios y prestaciones sociales.

Bajo esa lógica el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 exige que se amplíen las garantías hasta cubrir todo el periodo de liquidación del contrato, pues se mantienen obligaciones durante esa etapa e incluso una vez liquidado el contrato es posible que un trabajador le reclame a la entidad por el pago de sus salarios. Según el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 el plazo de esta liquidación puede ser hasta de dos años y medio, en caso de que cumpla la póliza cubre 6 meses más una vez transcurridos esos dos años y medio, pues depende de los términos pactados en el contrato laboral del contratista y el trabajador, incluso pasados esos dos meses y medio pueden existir obligaciones laborales en cabeza del contratista. De no existir esa vigencia durante 3 años más la entidad incluso tendría que verse obligada a pagar directamente esas acreencias laborales.

Por ejemplo, la persona que está encargada de remitir cierta documentación para adelantar el tema postcontractual mantiene su vínculo laboral con el contratista y sigue realizando actividades relacionadas con la ejecución del contrato amparado, pues sus tareas están encaminadas al cumplimiento de obligaciones contractuales. No se considera apropiado interpretar que cuando la norma se refiere a «ejecución del contrato amparado» se limita a la etapa contractual, pues esto incentivaría una protección desigual frente a unos y otros trabajadores.

Por su parte, Dávila Vinueza considera reprochable que se exija esta garantía por la vigencia del contrato «[...] habida cuenta que durante ese lapso la desprotección del Estado es inexistente ya que este dispone de varias herramientas para lograr su efectividad»¹³. Frente a esta afirmación no es claro si el autor se refiere a herramientas que obliguen al contratista a cumplir con esas obligaciones laborales o si se refiere a las herramientas con las que cuenta el trabajador para cobrar lo que se le adeuda, en todo caso, es discutible la efectividad de dichas herramientas, y así mismo, la supuesta inexistencia de una desprotección del Estado.

Hay un punto problemático bajo la primera postura —no tiene mayor sentido exigir la extensión de la póliza luego de vencido el plazo del contrato—, se trata de los casos en los que la circunstancia que dio origen al siniestro se configura con posterioridad al vencimiento del plazo del contrato, es decir, durante la etapa de liquidación o incluso después de liquidado. Pues como se mencionó, no necesariamente el contrato laboral y el contrato principal tienen los mismos plazos,

¹³ DÁVILA. Op, Cit., p. 556.

así que vencido el de este último puede seguir surgiendo obligaciones según lo establecido en el contrato laboral.

Dentro del aspecto temporal también es importante identificar cuando se puede declarar el siniestro, y por tanto, hacer efectivo el amparo. Para Expósito Vélez la entidad solamente puede hacer efectiva la garantía «[...] a partir del pronunciamiento judicial de condena debidamente ejecutoriado, el cual determina el detrimento patrimonial por este concepto»¹⁴. No obstante, la norma vigente no hace ningún tipo de salvedad al respecto. Así que surge la duda de la posibilidad de hacer efectivo el amparo cuando se presentan otras situaciones, tales como: la simple reclamación bien sustentada por parte del trabajador a la entidad, acta de conciliación.

Otro aspecto importante frente a la posibilidad de hacer efectivo el amparo surge alrededor de la solidaridad laboral a la que se refiere el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues surge la duda frente a si es necesario que esta se configure para poder hacer efectivo el amparo o si existe la posibilidad de hacerlo efectivo independientemente de que se configure o no la solidaridad laboral.

En ese orden de ideas, vale la pena preguntarse si al acoger la postura según la cual es necesario que entre entidad y contratista haya unidad de negocio una consecuencia directa es la posibilidad de este último de abstenerse de incluir el amparo en la garantía única y en caso de incluirlo, abstenerse de cumplir con requerimiento de la interventoría frente a estos pagos, pues no se cumpliría con ese requisito de solidaridad y por tanto, no sería necesario suscribir el amparo objeto de estudio.

3. Obligatoriedad frente a la inclusión de este amparo en la garantía única de cumplimiento

Otro aspecto importante frente al estudio de este amparo es la obligatoriedad de su inclusión siempre que se suscriba la garantía única de cumplimiento. El artículo 2.2.1.2.3.1.7. establece que la garantía de cumplimiento del contrato *debe* cubrir, entre otros, el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, pues el amparo debe cubrir a la entidad de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de esas obligaciones laborales. Aparentemente de esta norma no se deriva la potestad para la entidad de decidir si quiere o no amparar un riesgo plenamente identificado.

Al parecer, las únicas posibilidades para no incluir este amparo siempre que se requiera garantía única de cumplimiento, según lo establecido por la norma son: *i*) la excepción que establece el mismo artículo *ibídem*, según la cual no es necesario exigir la garantía para cubrir ese riesgo en los contratos que se ejecuten

¹⁴ EXPÓSITO. Op, Cit., p. 151.

fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano y *ii*) cuando no se identifique el riesgo de la consolidación de perjuicios producto del no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, es decir, cuando no se requiera vincular a personal bajo la modalidad de contrato laboral o prestación de servicios con el mismo giro ordinario de los negocios¹⁵.

Sin embargo, la anterior no es una postura unánime, pues también se considera que de cierta manera exigir la inclusión de este amparo en la garantía única es una potestad discrecional de las entidades. Esto bajo ideas y principios como el de economía, en este sentido, sería necesario que la entidad identificara que tan probable es que se concrete el riesgo en comparación con la inversión que conlleva cubrirlo, para así determinar si decide exigir o no la cobertura del mismo.

Frente a este aspecto Dávila resalta un error común que según él comete muchas veces la administración. El autor afirma que este amparo procede «[...] para todos los contratos en los que el contratista emplee terceras personas para su ejecución [...]», así que, es un error exigir este amparo «[...] en contratos cuya ejecución le compete al contratista, como un abogado, por ejemplo, sin que se presente la contratación de terceras personas por parte de este para el cumplimiento material y real de las obligaciones, lo que deja sin objeto el riesgo amparado»¹⁶.

Bibliografía

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3^a Edición. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

EXPOSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. 1^a Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. 254 p.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. Análisis y comentarios a los reglamentos. Nuevo Decreto 1082 de 2015. 2^a Edición. Colombia: Legis Editores S.A., 2015. 209 p.

¹⁵ El Consejo de Estado enfatiza en lo cuidadosas que deben ser las entidades al momento de identificar el tipo de riesgos que se deben amparar y por tanto, los amparo que se deben incluir en la garantía única de cumplimiento. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Sentencia del 18 de febrero de 2022. Rad. 53.318. C.P. JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ.

¹⁶ DÁVILA. Op, Cit., p. 556.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. 4ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 1280 P.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2020. 860 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 15 de octubre de 2019. Exp. 3504-15. C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 18 de febrero de 2022. Rad. 53.318. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C—593 de 2014. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 2 de junio de 2009. Rad. 33082. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 23 de agosto de 2023. Rad. 95620. M.P. Jorge Prada Sánchez.

