

# Iter Ad Veritatem

# 8



Facultad de  
Derecho



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A

*Experiencia y Calidad*



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA **A**  
COLCIENCIAS

Iter Ad Veritatem

Tunja  
Colombia

N° 8

pp. 01 - 310

Anual

2010

ISSN: 1909-9843



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
SECCIONAL TUNJA  
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO  
ITER AD VERITATEM  
N° 8**

**Tunja, 2010**

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	N° 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

---

**ENTIDAD EDITORA**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**DIRECTOR**

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**EDITOR**

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

**NÚMERO DE LA REVISTA**

Ocho (8)

Resultado de los trabajos de 2010

**Periodicidad**

Anual

**ISSN**

1909-9843

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

[revistaderecho@ustatunja.edu.co](mailto:revistaderecho@ustatunja.edu.co)  
[dhiguera@ustatunja.edu.co](mailto:dhiguera@ustatunja.edu.co)

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:** Mg. Eyder Bolívar Mojica.

**Revisión inglés:** Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar y Diego Alejandro López Laitón  
Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.  
Paola Torres, Semillero de Investigación en Derecho Administrativo

**Estudiantes participantes:** Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar y Diego Alejandro López Laitón  
Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.



---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.**  
Rector Seccional

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**  
Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph. D. Ciro Norberto Güecha Medina**  
Decano de Facultad

## **EDITOR**

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**Ph.D. Pierre Subra de Bieusses**  
Universidad París X, Francia

**Ph.D. Pablo Guadarrama**  
Universidad Central de las Villas, Cuba

**Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur**  
Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph.D. Natalia Barbero**  
Universidad de Estudios a Distancia, España.  
Universidad de Sevilla, España.

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL.**

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.**  
Vicerrector Académico.

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta.**  
Director Centro de Investigaciones.

**Mg. Andrea Sotelo Carreño.**  
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**  
Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**  
Madison University, Estados Unidos.

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**  
Universidad de Antioquia, Colombia.

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**  
Universidad Carlos III, España.

**CORRECTORES DE ESTILO**

**Mg. Eyder Bolívar Mojica**  
Investigador en Derechos Humanos.

**Mg. Andrea Sotelo C.**

---

## **PARES ACADÉMICOS**

### **Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas**

Abogado, profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal”, de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: abogadorey@gmail.com

### **Mg. Eyder Bolívar Mojica**

Abogado, docente Investigador de la USTA- Tunja, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Mg. en Derechos Humanos UNLP, Mg. (c) en Relaciones Internacionales UNLP, Esp. en Derecho Penal UBA. bolivarabogados@yahoo.com.ar.

### **Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Mg. (c) en Derecho Administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá; Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Correo de contacto: maloma11@hotmail.com.

### **Mg. (c) Héctor Julio Prieto Cely**

Abogado Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nuestra Señora del Rosario; Especialista Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; Magister (c) en responsabilidad de la Universidad Externado de Colombia; Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

### **Esp. Rubén Darío Serna Salazar**

Abogado de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario. Abogado Asesor de la Asociación de Consumidores de Manizales y Caldas; Presidente de la Liga de consumidores de Tunja; Docente de pregrado USTA Villavicencio y Tunja, y Asesor de Consultorio Jurídico.



---

---

# CONTENIDO

<b>EDITORIAL</b> .....	<b>13</b>
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	<b>15</b>
<b>SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL</b> .....	<b>17</b>
<b>Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública</b> .....	<b>19</b>
Edwin Hernando Alonso Niño	
<b>Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar</b> .....	<b>37</b>
Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón Lizzete Andrea Sánchez Bernal	
<b>La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia</b> .....	<b>59</b>
Lina Marcela Martínez Sarmiento María Antonia Perilla Cárdenas	
<b>Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos</b> ..	<b>75</b>
Diego Alejandro López Laitón Mario Alfonso Villate Barrera	
<b>La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial</b> .....	<b>89</b>
Nubia Lorena Daza López	
<b>SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO</b> .....	<b>105</b>
<b>El “espíritu” del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad</b> .....	<b>107</b>
Nonny Carolina Benavides Martín Nayibet Isabel Acosta Roa	
<b>El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena</b> .....	<b>119</b>
Nayibet Isabel Acosta Roa	

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	Nº 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

---

<b>Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?</b> .....	129
Edison Fernando Vargas Nieto	
<b>Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia, análisis del proyecto de ley 110 del senado</b> .....	147
Luis Ricardo Carreño Garzón	
<b>La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal</b> .....	157
Adriana Astrid Sierra Pinilla	
<b>La violación del principio de progresividad en derecho laboral</b> .....	173
Ángela Mercedes Cárdenas Amaya	
<b>La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia</b> .....	191
Martha Angélica Salinas	
<b>La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional</b> .....	205
Ángela Marcela Robayo Gil	
<b>Prohibición del Tabaco: La Sentencia C-639 De 2010, proporcionalidad y ponderación</b> .....	225
Fernando Tovar Uricoechea	
<b>SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS</b> .....	243
<b>La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico</b> .....	245
Sara Lorena Alba Palacios	
<b>El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia</b> .....	267
Edwin Hernando Alonso Niño	
<b>El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas</b> .....	277
Elizabeth Vargas Salcedo Genny Paola Espitia Raba	
<b>Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano</b> .....	289
Martha Liliana Hurtado Pedraza	

---

## EDITORIAL

Iter Ad Veritatem es una publicación académica destinada para la divulgación de los resultados de investigación de nuestros estudiantes, nuestro orgullo, esta cantera donde se forjan los héroes del futuro y del presente, donde se fortalecen mentes y espíritus, marca claramente nuestra vocación como institución humanista, y en donde se espera formar a quienes luchen por la justicia del mañana.

Sentencia en uno de sus memorables escritos el genio literato ruso León Tolstoi<sup>1</sup> que todas las luchas políticas por las diversas formas de gobierno son simplemente, como áridos campos donde se vierte sangre de compatriotas y de los cuales no se puede esperar ningún fruto. Nuestras organizaciones, Gobiernos, Estados, Instituciones, son simplemente la disposición de la leña para la hoguera, la cual, no importa como se organice, nunca podrá arder mientras esté verde, en cambio, la madera seca arde sin importar como se le coloque.

¿Qué hace el tránsito de verde a seca en esta leña?, la madurez claro está, pero madurez no es perder la alegría o las ganas de jugar, sino lograr el desarrollo integral como persona de mente abierta y un espíritu firme, ser maduro en el espíritu significa ser un ciudadano ético. Y por lo tanto, la única educación consiste en formar en y para la ética.

Ética que si solo es moralidad, se traduciría en impotencia, pero si solo se tiene la fuerza y la sabiduría se convertiría en un monstruo ilustrado. Por eso como humanistas y educadores creemos en la formación integral de nuestros estudiantes para que simultáneamente y sin priorizar alguna, se forje en su espíritu la luz y la templanza, sinónimos de moral y sabiduría, las cuales vencen en términos de Santo Tomás, la doble oscuridad en que hemos nacido, el pecado y la ignorancia.

El editor.

**Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
**Director del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas**  
**Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja**

---

1 León Tolstoi, Obras completas. Editor Carbonell y Esteva, 1905



---

## PRESENTACIÓN

Dentro de la panorámica investigativa de la Teoría del Derecho se encuentran múltiples estudios en busca de la permanente visualización del dinamismo de las ideas filosóficas del Derecho, que conforman los elementos esenciales de los derechos fundamentales, de los derechos humanos y de los mecanismos de protección conforme a la validez jurídica, la moralidad y la persecución de la eficacia de los derechos que protege, al priorizar el derecho sustantivo frente al derecho procesal y el procedimental.

Por lo tanto, la Revista *Iter Ad Veritatem* N° 8 ha querido enfatizar en la sección Segunda con la “Fundamentación del Derecho” en sus distintas ramas como civil, penal, laboral y constitucional; al analizar históricamente la institución jurídica de la propiedad y el trasfondo de la pena en Colombia; la realidad actual de las garantías laborales, la seguridad vial, la responsabilidad compartida entre el autor y la víctima en la comisión del delito, el derecho a la intimidad y libertad personal frente a la inteligencia estatal Colombiana, entre otros.

De igual forma, se plasman artículos producto de los diferentes proyectos y semilleros de investigación que hacen parte del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, componiendo una muestra de la producción institucional y el potencial humano con el que cuenta nuestra comunidad académica. El derecho permite observar la realidad desde diferentes aristas, bajo las cuales se discierne y se enfoca en temas de derecho público, penal y constitucional, sobre los cuales centra su atención la producción intelectual de nuestros estudiantes: los contratos por la administración pública, las operaciones de guerra u operaciones militares, la rebaja de penas por el bicentenario y otras fechas que han sido memorables para Colombia, la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y el precedente jurisprudencial, conforman la sección primera denominada “Artículos de producción institucional”.

Por otro lado, se ha dispuesto una tercera sección que hace alusión a “Temáticas internacionales, extranjeras o comparadas”, teniendo en cuenta la importancia de las telecomunicaciones en el derecho, la evolución del mismo en otros países y su aporte al ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta la trascendencia del derecho en la realidad social; dentro de los temas que son abordados, encontramos el contrato electrónico, el aborto y la eutanasia, el núcleo esencial del derecho a la educación en Colombia, y la responsabilidad del perito contable en la prueba pericial dentro del proceso judicial colombiano.

Asimismo, se espera que esta publicación sea de agrado y cumpla con las exigencias académicas del derecho y del lector, aportando un grano de arena a incentivar la generación de espacios de reflexión, en materia jurídica y demás áreas afines, entendiendo la investigación como convicción y legado de Santo Tomás de Aquino, en buscar cada día ser “Facientes Veritatem” (hacedores de la verdad).

**Sara Lorena Alba Palacios**

Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

---

---

**SECCIÓN II:**  
**FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO**

---

---



# LEY 1258, ¿UN RETROCESO EN LAS GARANTÍAS LABORALES?

Edison Fernando Vargas Nieto\*

## RESUMEN\*\*

La obligación internacional de cada Estado es la progresividad en sus políticas y leyes, para el acceso y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, de sus asociados, de tal forma que ellos se puedan beneficiar de forma directa e igual. El presente artículo investigativo pretende generar un análisis crítico de la conveniencia de la ley S.A.S. en su inciso segundo del artículo primero, determinando si con la citada ley el poder legislativo ha quebrantado compromisos y tratados internacionales, desconocido la constitución política e ignorado las garantías laboradas consagradas en el Código sustantivo del trabajo.

Finalmente, conforme al estudio elaborado, se hace una opinión crítica de las ventajas y desventajas que la ley 1258 de **1258** ha traído al ordenamiento jurídico y a la sociedad en general, concluyendo que aunque la ley es una excelente forma para crear empresa privada, existen ciertos micos legislativos, que no permiten que todos los colombianos se beneficien de forma ecuaníme de la ley, determinando que por

---

\* Estudiante de Derecho X Semestre, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. 2010.  
Correo electrónico: edisonnietolawusta@yahoo.es

\*\* Artículo de reflexión, producto del proyecto de investigación “Nuevas tendencias en el derecho privado y actualidad de las relaciones entre particulares”, adscrito al centro de investigaciones socio-jurídicas de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja.

el contrario, esta ley crea desigualdad entre empleados de los otros tipos societarios y los trabajadores de las sociedades tipo S.A.S.

### **PALABRAS CLAVE**

Progresividad, obligación, garantías laborales, desigualdad, incumplimiento.

### **ABSTRACT**

The international obligation of each state is progressive in its policies and laws for access and protection of economic, social and cultural rights of its members, so they can benefit directly and equally. This investigative article aims to generate a critical analysis of the desirability of the law SAS in the second paragraph of Article I, determining if the Act the legislature to broken commitments and

treaties, ignored the constitution and ignored the long working guarantees enshrined in the substantive labor code

Finally, according to the study conducted, it becomes a critical view of the advantages and disadvantages that the Act 1258 of 1258 to bring the legal system and society in general, concluding that although the law is a great way to create private enterprise, there are certain legislative monkeys , Which does not allow all to benefit from a Columbian fair law, determining that on the contrary, the law creates inequality between employees of other types of companies and workers in such societies SAS.

### **KEYWORDS**

Progressiveness, commitment, job guarantees, inequality, non-compliance

### **SUMARIO**

1. Problema jurídico. 2. Hipótesis. 3. Objetivos. 3.1 Objetivo general. 3.2 Objetivos específicos. 4. Metodología. 5. Justificación. 6. Resultados. 6.1 Pequeña reseña histórica de la situación jurídica. 6.2 Obligación de no regresividad de la norma o prohibición de regresividad. 6.3 ¿posible elusión constitucional? 6.4 Principio de no regresividad y derechos laborales versus inciso segundo del artículo primero de la ley 1258 de 2008. 7. Conclusiones. 8. Referencias bibliográficas.

#### **1. Problema jurídico**

En los últimos tiempos nuestro país se ha preocupado en crear verdaderas políticas de protección a los inversionista, y con ello la construcción o expansión de la empresa privada en Colombia, esto sin duda alguna ha reflejado grandes avances

en el desarrollo de nuestra economía, pero a su vez es de reconocer que consecencial a este fenómeno se han venido creando leyes que generan grandes conflictos y sospechas de serias injusticias por la disminución de las garantías laborales, reflejo de ello y a forma de ejemplo podemos hablar de la

ley 789 de 2002, la cual en su artículo 25 ordena que en adelante se oscurece a las 10 pm., ya que desde esa hora serán contadas las horas nocturnas para los trabajadores, tendremos que recordar que esta fue una ley impulsada por el gobierno con el fin de crear más empleo, objetivo que nunca se vio reflejado y por el contrario los únicos beneficiados fueron los empleadores que vieron significativamente aminorados sus gastos.

Hoy nos atañe otra seria inquietud sobre las nobles intenciones de nuestro legislador, ya que con la ley 1258 de 2008 se ha pretendido facilitar la creación de empresa en nuestro país, buscando minimizar los trámites para la constitución de la misma, y buscando respetar el principio internacional de la relación entre particulares “*la primacía de la voluntad*”, pero, al lado de tan laudable causa, puede existir un nuevo menoscabo a las garantías laborales ofrecidas por el Código sustantivo del trabajo, es por lo anterior, que con la presente investigación pretendemos determinar si:

*¿Constituye el artículo 1 la ley 1258 de 2008, un retroceso a la protección de las obligaciones laborales que ofrece el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo?*

## **2. Hipótesis**

Consideramos que es un retroceso en las leyes laborales, debido a que no se ofrecen las suficientes garantías a las acreencias laborales en caso de que la sociedad entre en estado de liquidación. Con la ley 1258 de 2008 en su inciso segundo del artículo 1 genera un verdadero velo corporativo, excelente para los socios ya que su patrimonio no se podrá ver

afectado ni por acreencias laborales o tributarias, lo cual riñe completamente con la responsabilidad solidaria de los socios que habla el 36 del C.S.T., ya que solo en caso que se pruebe la mala fe de los socios o del administrador se podrá perseguir el patrimonio de los mismos, y como es sabido no hay cosa más difícil en derecho y más en materia societaria que probar la mala fe de las personas naturales o jurídicas.

## **3. Objetivos**

### **3.1 Objetivo general**

Determinar si el artículo 1 de la ley 1258 de 2008, constituye un retroceso a la protección de las obligaciones laborales que ofrece el artículo 36 del código sustantivo del trabajo.

### **3.2 Objetivos específicos**

**3.2.1** Comprender el sentido del legislador, al momento de hacer la exposición de motivos para la creación de la ley y en especial para limitar la responsabilidad de los accionistas por las acreencias laborales.

**3.2.2** Analizar los pronunciamientos de la superintendencia de sociedades y de la corte constitucional, que hablan sobre solidaridad de los socios por las acreencias laborales.

**3.2.3** Identificar posibles transgresiones a la constitución del artículo 1 de la ley 1258 de 2008.

**3.2.3** Concluir si el artículo 1 de la ley 1258 de 2008 constituye un retroceso de la norma laboral.

## **4. Metodología**

La presente investigación se desarrolló mediante la técnica analítica descriptiva, ya

que por una parte se pretende realizar un análisis sobre un tema, descomponiéndolo en sus diferentes variables, es decir, ley como verdadero desarrollo económico e impulso para la creación de empresas, o como trasgresión de leyes laborales, para de esta forma poder concluir las verdaderas justificaciones y ventajas de la ley 1258 de 2008. Además posee aportes de la investigación descriptiva, toda vez, que con la presente investigación se pretende descubrir los verdaderos aspectos que justifican la inclusión del inciso segundo del artículo 1 de la ley 1258 de 2008.

Para empezar considero pertinente realizar un análisis al desarrollo que ha tenido el artículo 36 del C.S.T., en nuestro ordenamiento jurídico, estudiando los diversos pronunciamientos que han existido al respecto tanto en la corte constitucional como en la corte suprema de justicia sala de casación laboral.

## 5. Justificación

En los últimos años hemos sido testigos de una incesante inestabilidad económica global, de la cual no se ha salvado ningún país, por lo mismo es que los gobernantes se han visto en la obligación de tomar medidas extremas que tiende a buscar la estabilización de los mercados y el incremento de producción en

sus regiones, pero, como lo ha confirmado la organización mundial del trabajo (OIT), los derechos laborales, la protección social y los incrementos salariales, son los que sean visto seriamente afectados, prueba de esto, son los despidos masivos realizados por las grandes corporaciones internacionales, la falta de cobertura de seguridad social en los países en vía de desarrollo, ya que estos no contribuyen al acceso de programas adecuados de salud, sanidad, pensiones asistencia social y prestaciones por desempleo<sup>1</sup>.

No podemos olvidar el tema de la disminución de salario que han sufrido algunos empleados de las economías más avanzadas, o como en nuestro caso local el incremento paupérrimo del salario mínimo legal mensual<sup>2</sup>, los cuales en realidad no satisfacen plenamente la definición de lo que es un trabajo decente<sup>3</sup>.

De conformidad con lo anterior, podemos concluir que el común denominador de los gobiernos en los últimos años, ha sido la creación de políticas de choque para recuperación de los países de la crisis económica, buscando la inversión extranjera o la creación de nueva empresa, pero a un gran costo social, generando leyes que perjudican ostensiblemente a los trabajadores y constituyen un verdadero retroceso de

- 1 OIT. (2010, 16 de noviembre). “Informe Mundial de la Seguridad Social 2010-2011: Prestación de una cobertura en tiempos de crisis y más allá”. Recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/press-releases/WCMS\\_146556/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/press-releases/WCMS_146556/lang-en/index.htm).
- 2 Analizando los datos de 115 países y territorios que cubre el 94 por ciento de los aproximadamente 1400 millones de asalariados de todo el mundo..., el crecimiento de los salarios medios mensuales se redujo del 2,8 por ciento en 2007, en vísperas de la crisis, al 1,5 por ciento en 2008 y 1,6 por ciento en 2009. Excluyendo a China del agregado, el crecimiento mundial salario promedio cae a 0,8 en 2008 y 0,7 en 2009. OIT. (2010, 15 de diciembre de 2010). “Informe mundial sobre salarios 2010/11 - Las políticas salariales en tiempos de crisis”. Recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/press-releases/WCMS\\_149929/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/press-releases/WCMS_149929/lang-en/index.htm).
- 3 “El concepto de “trabajo decente” se basa en el deseo expreso de hombres y mujeres de tener un trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, que les permita acceder a ellos y a sus familias, a un nivel de vida decente”. OIT. “Por el derecho que tenemos todos a un trabajo decente”. Recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: <http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/mexico/org/oit.htm>.

los derechos laborales, considero por eso importante indagar a profundidad los verdaderos fundamentos de la ley 1258 de 2008, y con ello determinar si con ella se pretende introducir un mico para vulnerar derechos laborales.

## 6. Resultados

### 6.1 PEQUEÑA RESEÑA HISTÓRICA DE LA SITUACIÓN JURÍDICA

La ley 1258 de 2008 fue impulsada y sancionada con el propósito de incentivar la creación de empresa privada, dando así la oportunidad a más colombianos de acceder a un trabajo digno con el cual poder sostener a sus familias o satisfacer sus necesidades personales, es por ello que no podemos desestimar la importancia que esta ley ha tenido en el último tiempo, ya que la S.A.S. se ha consolidado como la mayor forma asociativa de Colombia<sup>4</sup>.

Lo anterior no podría ser por otro motivo distinto a las grandes facilidades en cuanto a las formalidades para su creación, la no especificación estricta de su objeto social y las ventajas que otorga el respeto a la autonomía de la voluntad, ya que propende por el respeto del libre albedrío de los contratantes al poder pactar infinidad de cláusulas que regulen su actividad social, en fin, los anteriores son tan solo unos ejemplos de una serie de ventajas ofrecidas por la S.A.S., que permite la facilidad de asociarse o simplemente no hacerlo y comenzar su “sociedad” de forma individual.

Pero hoy, queremos analizar esta ley desde un punto de vista distinto, desde el punto de vista del trabajador de estas nuevas sociedades, centrando nuestro punto de investigación al posible conflicto que puede haber entre el inciso segundo

del artículo primero de la ley 1258 de 2008 con el artículo 36 del Código Sustantivo del trabajo.

Resulta posible tal conflicto ya que el inciso 2 del art. 1 de la ley 1258 de 2008, protege a los socios de toda responsabilidad por las obligaciones laborales en que incurra la sociedad, con lo que se favorece enormemente el patrimonio de el socio o socios, pues éste o estos no verán afectado su capital personal en el caso que la sociedad entre en un estado de iliquidez y se tengan acreencias laborales, ya que solo responderá hasta por el monto de sus acciones. Pero por el contrario causa una inseguridad a los trabajadores ya que si la sociedad no tiene liquidez para continuar funcionando y ha quedado debiendo mesadas laborales, los asalariados no podrán perseguir el pago con el patrimonio propio de cada socio, como lo permite el artículo 36 del C.S.T.

Al respecto y a forma de poder explicar el contenido del Art. 36 del estatuto laboral, encontramos pronunciamientos de la superintendencia de sociedades como lo es el Oficio 220-039065 junio 6 de 2008, en el cual se ha manifestado; que los empleados podrán demandar ejecutivamente a los socios de una empresa que les adeude salarios y/o demás acreencias laborales, limitando este actuar, a la condición de primero demandar a la persona jurídica y en caso tal que esta no cuente con los recursos suficientes para cancelar dichas obligaciones, ahí sí podrá demandar a uno de sus socios, es decir, primero se tiene que determinar que los bienes o activos sociales son insuficientes para garantizar el pago de las acreencias laborales, para que de esta forma el empleado afectado pueda demandar ejecutivamente a uno o varios de los socios para conseguir de ellos

4 Reyes Villamizar, Francisco. (2010). *La sociedad por acciones simplificada*, pág 88. Editorial Legis. Bogotá Colombia.



el pago total de su dinero, lo anterior tiene sus cimientos en la solidaridad contenida en el artículo 36 del C.S.T.<sup>5</sup>.

Conforme a lo anterior, tenemos que el artículo 36 del C.S.T. textualmente nos expresa:

**“Responsabilidad solidaria:** Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas<sup>6</sup> y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.”<sup>7</sup>

Primero que todo tenemos que advertir que el anterior artículo nos revela una excepción clara de la regla general del velo corporativo<sup>8</sup>, producto del cual, las sociedades de responsabilidad limitada<sup>9</sup> en el actual sistema societario colombiano, blindan por completo el patrimonio de los socios, y su responsabilidad solo se limita hasta por el monto de sus acciones, con lo cual se genera gran seguridad a los socios e inversionistas, debido a que sus patrimonios familiares o personales no se verán afectados en caso de un estado de iliquidez de la sociedad comercial<sup>10</sup>.

Por otra parte y a forma de aclaración del contenido del artículo 36 del C.S.T.,

5 Colombia, Superintendencia de sociedades. (2008, 6 de junio). “Oficio 220-039065”. Recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=28837&m=td&a=td&d=depend>.

6 Al respecto la superintendencia de sociedades ha sostenido: “Es así como, en lo tocante a las obligaciones de naturaleza laboral, es pertinente indicarle que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo contempla la solidaridad entre los socios de las sociedades de personas, caso de las sociedades de responsabilidad limitada, por las obligaciones de origen laboral...”

Con base en lo dispuesto en tal norma, se ha establecido la responsabilidad solidaria a cargo de los socios con ocasión de las obligaciones adquiridas por una sociedad de responsabilidad limitada. Pero, cabe precisar que a la luz de lo expuesto por esta Superintendencia, tal responsabilidad no procede en cualquier momento sino sólo cuando los bienes de la empresa no sean suficientes para satisfacer la obligación radicada en cabeza de la sociedad.” Colombia, Superintendencia de sociedades. (2008, 6 de junio). “Oficio 220-039065”

7 **Responsabilidad de socios frente a pasivos laborales.** Las sociedades de responsabilidad limitada, frente a la ley laboral, no están excluidas de la solidaridad contemplada en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo. Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia de noviembre 29 de 1957.

8 **“El Velo Corporativo:** Es la separación del patrimonio y de la responsabilidad de los socios de los de la sociedad. Colombia, Súper intendencia de sociedades”. (2007, 15 de agosto). Oficio 220-039930, Recuperado el 26 de enero de 2011 de: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=27432&m=td&a=td&d=depend>.

9 Entiéndase como sociedades de responsabilidad limitada de las LTDA., S.A., sociedades en comandita (FRENTE A LOS SOCIOS COMANDITARIOS MÁS NO LOS GESTORES), en donde la responsabilidad de cada socio se limita a los aportes que cada uno realizó para constitución de la sociedad, como lo expresa REYES VILLAMIZAR, Francisco. (2010). La S.A.S. “consiste en la limitación del riesgo de los accionistas al monto del capital aportado”. p. 100

10 Al respecto también se ha pronunciado la superintendencia de sociedades manifestando: “...que de acuerdo con las disposiciones legales que integran el régimen de sociedades mercantiles en Colombia, los socios por regla general no son personalmente responsables de las acreencias de la sociedad por motivos que tienen asidero no sólo en la doctrina, sino en las mismas normas que regulan la formación y funcionamiento de las mismas.

En efecto, ha de tenerse en cuenta en primer lugar que al tenor del artículo 98 del Código de Comercio, la sociedad que por virtud del contrato se constituye forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, personalidad que la dota de todos los atributos que la individualizan en sus relaciones jurídicas y económicas.

Por tanto la sociedad es titular de un patrimonio exclusivo e independiente al de los asociados, patrimonio que constituye la garantía o prenda común de sus acreedores. De ese patrimonio puede disponer la sociedad y realizar en relación con los bienes que lo conforman toda clase de actos jurídicos y así mismo afrontar activa o pasivamente todas las acciones judiciales o administrativas que resulten necesarias para su conservación y protección.”. Colombia, superintendencia de sociedades. (1998, 5 de junio). “oficio 220-32221”, recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=1732>.

no podemos pensar erróneamente, que la solidaridad por acreencias laborales sólo existe en las sociedades de personas o sociedades colectivas, sino como lo ha expresado la corte suprema de justicia dicha interpretación se ha tenido que ampliar, en razón a las nuevas circunstancias y los avances que se ha tenido en materia societaria, como nos lo expresa esta corporación en la sentencia del 26 de noviembre de 1992:

**Solidaridad de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada.** “Resulta forzoso concluir que si al expedirse las normas que dieron origen al Código Sustantivo de Trabajo se contempló la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales entre las ‘sociedades de personas’ y sus miembros, comprendiéndose en su momento dentro de estas sociedades de personas a las sociedades de responsabilidad limitada, la sola circunstancia de que mercantilmente su régimen supletorio ya no sea el de las sociedades colectivas sino el de las anónimas, no significa que se haya eliminado la protección que la ley laboral otorgó al trabajador”<sup>11</sup>

Con lo anterior podemos concluir claramente que si bien se expresa textualmente que las acreencias laborales serán solidariamente responsables en las “sociedades de personas”, la ley no puede

quedar corta en su contenido, y por el contrario la ley debe avanzar y adaptarse a los nuevos retos que propone el sistema societario, pero como hemos visto y se ha comprobado, el derecho mercantil es demasiado dinámico y contraste a ello la labor legislativa en materia de protección laboral ha quedado muy relegada, es por ello que tenemos que acudir a la fuente de interpretación como la jurisprudencia para poder cobijar a los trabajadores de estos nuevos tipos societarios, pudiendo de esta forma extender las garantías laborales a los nuevos sistemas societarios como ocurrió con la interpretación de la corte frente a la solidaridad por obligaciones laborales en “sociedades de personas”, la cual en su momento fue extendida a los tipos societarios limitados.

Por otro lado y como lo expresábamos anteriormente el artículo 36 del C.S.T. rompe la regla propuesta y extiende la responsabilidad de los socios, cuando las acreencias a pagar son de carácter laboral; caso en el cual la obligación de pago no solo se limita al monto de los aportes de cada socio, sino que dicha acreencia laboral trasciende al patrimonio personal de cada socio, motivo por el cual cualquier empleado que se vea afectado por la iliquidez de la sociedad, podrá exigir el pago de la misma a cualquiera de ellos<sup>12</sup>.

Acorde a lo anterior debemos entender, que el motivo que legitima al empleado a reclamar sus mesadas no pagadas a cualquiera de los socios, recae en la

11 *Colombia, corte suprema de justicia sala de casación laboral sección segunda. (1992, 26 de noviembre), “Radicado 5386” M.P. Hugo Suescún Pujols.*

12 *En el párrafo antes anotado tenemos que aclarar que la superintendencia de sociedades ha expresado: “Debe además precisarse que en el caso de que las obligaciones a cargo de la sociedad tengan el carácter de fiscales o laborales y tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, los socios serán responsables solidaria e ilimitadamente, cuando quiera que la compañía no pudiese satisfacerlas totalmente”, es decir, y como lo expresábamos párrafos arriba, no solo es que existan acreencias laborales, sino que además, la sociedad debe estar en un estado de iliquidez tal, que no se pueda satisfacer el pago de los salarios o demás acreencias laborales que se tengan.*

solidaridad que existe entre ellos, una solidaridad por pasiva<sup>13</sup>, fundada<sup>14</sup> en el artículo 36 del C.S.T., con lo cual se puede exigir el pago total a cualquiera de los socios, teniendo éste último la posibilidad de subrogarse en el crédito y de esta forma poder repetir contra los demás socios para conseguir recuperar su dinero menos la parte proporcional que le correspondía pagar, ya que desde el momento en que cancela la obligación ésta deja de ser solidaria y pasa a ser divisible, pidiéndole a cada uno de sus socios la correspondiente cuota de la obligación.

Retomando, podemos concluir de momento dos cosas; primero que existe una norma de carácter laboral que permite a los empleados perseguir el pago de las obligaciones de carácter laboral con el propio patrimonio de los socios de la empresa que los contrató, y como segundo que esta norma ha quedado completamente relegada frente a los avances del derecho mercantil y sus nuevas formas societarias, motivo por el cual se ha tenido que acudir a conceptos jurisprudenciales para actualizar dicha norma y extender dicha protección a nuevos sistemas societarios, como lo son las sociedades anónimas.

Conforme a lo anterior podríamos ligeramente expresar, que deberíamos

extender la protección a los trabajadores del nuevo tipo societario S.A.S, pero en este punto cabe aclarar dos cosas; primero cuando se extendió este privilegio de los trabajadores a las sociedades anónimas, no existía prohibición expresa de la ley, como sí ocurre con ley 1258 de 2008 la cual claramente expresa “**los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales**, tributarias o de cualquier otra naturaleza **en que incurra la sociedad**”, y por otra parte es importante recordar que fue necesario un pronunciamiento jurisprudencial para permitir las sociedades anónimas fueran cubiertas por el artículo 36 del C.S.T.

Conforme a lo anterior, solo podemos expresar que aunque hemos aprendido cosas, estas no son lo suficientemente sólidas para permitir ampliar la protección del Art. 36 del C.S.T., con lo cual solo quedaría limitada la protección establecida en el artículo 36 de la ley 50 de 1990<sup>15</sup> en los casos de liquidación de una sociedad o por insolvencia de la misma, con lo cual solo se le respetaría a los empleados la prioridad de créditos, pero con el agravante que si la sociedad no cuenta con los suficientes recursos para cubrir dicha obligación solo existirá una repartición de beneficios en igualdad de condiciones con el fin de evitar entre ellos desequilibrios.<sup>16</sup>

13 **“Solidaridad por pasiva:** se presenta cuando la obligación tiene una prestación única, que se encuentra a cargo de varios deudores. Cada uno de ellos se encuentra obligado a todo, esta sirve para mayor seguridad y garantía del acreedor... como la solidaridad es excepción al principio de división, la ley ha establecido que no se presume, es decir, debe estar expresamente declarada”. MOJICA. Juan Fernando. (2007). “Conferencias para el desarrollo de la clase obligaciones”. Sin editorial. Tunja, Colombia.

14 *Es de recordar que la solidaridad no se presume sino que ésta debe estar claramente expresada por la ley o como nos lo expresa el artículo 1694 del Código Civil: las fuentes de la solidaridad son: 1. La convención 2. El testamento y 3. La ley. Motivo por el cual para el caso en análisis podemos concluir que la solidaridad entre los socios proviene de la ley con el artículo 36 del C.S.T.*

15 *“los créditos causados o exigibles de los trabajadores por conceptos de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás”*

16 *Colombia, Corte Constitucional. (2001, 26 de septiembre). “sentencia SU- 1023” M.P. Córdoba Triviño, Jaime. Bogotá.*



Pero de ninguna forma podemos expresar en este punto, que hemos perdido el tiempo, por el contrario debemos entender, que existen normas laborales que se están viendo gravemente afectadas por el pronunciamiento irresponsable del legislativo, ya que con la redacción de tres renglones aparentemente inofensivos y con el fin último de incentivar la creación de empresa privada, se ha afectado ostensiblemente los derechos laborales que se han venido construyendo durante mucho tiempo, es por ello que nuestra labor como estudiantes de derecho y segundo como investigadores, dar posibles soluciones al problema, viendo en el horizonte una herramienta jurídica muy garantista de los derechos fundamentales y que para el caso en concreto la podríamos aplicar de momento para sustentar el presente artículo y a futuro en una posible demanda de inconstitucionalidad, el recurso a que acudimos es la llamada “obligación de no regresividad”.

## **6.2 OBLIGACIÓN DE NO REGRESIVIDAD DE LA NORMA O PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD**

La prohibición de regresividad básicamente estriba, en el deber que tiene el Estado colombiano con sus ciudadanos, más el compromiso establecido en diferentes tratados internacionales ratificados debidamente por el país, por medio de los cuales se establece la necesidad de comprometer a todos los Estados miembros o los que hacen parte del tratado, para impulsar políticas de protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Conforme a lo anterior y dicho en palabras menos técnicas, podemos expresar que la obligación de no regresividad, es un compromiso que firman los estados (por lo general en tratados internacionales), con el fin que sus políticas de crecimiento no vayan en contra de los derechos económicos, sociales y culturales ya reconocidos, o en contra de los derechos establecidos en dicha convención, esto con el fin último de mejorar la situación social de los ciudadanos de cada país, en vez de retroceder en la protección de los mismos.

En conclusión, es aquella exigencia internacional a todos los estados, para que no adopten medidas deliberadamente regresivas<sup>17</sup> en relación con los derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Claro ejemplo de lo escrito anteriormente lo encontramos en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual el Estado colombiano es parte ya que fue ratificado por nuestro país mediante la ley 74 de 1968, con lo cual este pacto hace parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, por la vía del denominado Bloque de Constitucionalidad, convirtiéndose en una de la principales fuentes de interpretación y legislación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, descritos en nuestra constitución política a partir del capítulo II. Frente a ésto, dicho en su artículo expresa de forma textual:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales,

17 Al respecto ha expresado ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Cristian: “En tanto el deber de abstención, esta obligación comporta una prohibición para los Estados de implementar medidas y políticas que empeoren ‘la situación de los derechos Económicos, Sociales y Culturales de los que gozaba la población al momento de ser adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva’”. ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Cristian. (2002). “los derechos sociales como derechos exigibles”. Editorial Trotta. Madrid, España.

especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”<sup>18</sup> (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo al artículo antes anotado, podemos expresar que claramente éste no nos habla de una forma prohibitiva, sino que simplemente nos habla que existe un compromiso de progreso frente a normas que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales, con lo cual tenemos que aunque no aparece la frase “*prohibición de no regresividad*”, se ha entendido por parte de la comunidad internacional que la obligación de progresividad, implica dos factores importantes y determinantes, por un lado, la necesidad de un compromiso serio por parte de los Estados, para realizar un esfuerzo prolongado en pos de alcanzar la plena satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, y como segundo la progresividad que habla el pacto, la cual refiere a la necesidad del aumento paulatino en la protección y acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que no se puede concebir que exista un respeto a dicho progreso de los derechos sociales, cuando existen normas tendientes

a la desmejora o desconocimiento de esta clase de derecho.<sup>19</sup>

Tal es la importancia de dicha prohibición que de acuerdo a los Estados parte del PIDESC, han fijado una serie de compromisos que entre ellos han catalogado como *obligaciones de cumplimiento inmediato*, siendo estas las preocupaciones más importantes al momento de consolidar el pacto internacional, son en total seis obligaciones de cumplimiento inmediato, dentro de las cuales se encuentra como sexta “*el no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivo*”<sup>20</sup>.

Teniendo desde este momento la explicación del por qué se habla de la prohibición de no regresividad, frente a la cual se ha entendido y en palabras de la Comisión Colombiana de Juristas como:

“La prohibición de regresividad constituye uno de los desarrollos precisos de una obligación genérica de respeto en materia de derechos sociales, respeto que comporta para el Estado el deber de abstenerse de adoptar medidas que afecten la realización de estos derechos humanos en un momento y en un territorio determinado, como sería el caso de aquellas que comporten un retroceso en el disfrute de este tipo de garantías”<sup>21</sup>

18 Colombia, congreso de la república. (1968, diciembre 26). “ley 74 del 26 de diciembre de 1968, por medio de la cual se aprueban los ‘Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime’ adoptada en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”, En diario oficial número 32682, el 31 Diciembre, 1968. PÁG. 731.

19 Al respecto ROSSI, Julieta ha expresado: “Debido al componente negativo que la caracteriza, la obligación de no regresividad ha sido catalogada como una obligación de respeto. Los Estado deben abstenerse de adoptar políticas que desmejoren la situación vigente.”. ROSSI, Julieta. (2006). “la obligación de no regresividad en la jurisprudencia del comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU”. ONU.

20 Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1990). Observación general N°. 3, La índole de las obligaciones estatales.

23 Comisión Colombiana de Juristas. (2010. Marzo). Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008), Recuperado el 20 de enero de 2011, en: <http://www.coljuristas.org/Portals/0/CCJInfoRegresivResum2002-2008.pdf>.

Sobre el mismo punto se ha pronunciado el Dr. Uprimny Yepes, Rodrigo, en escrito publicado en la revista semana, manifestando:

“...principio de progresividad, según el cual, el deber del Estado es avanzar día a día para asegurar una satisfacción cada vez mayor de dichos derechos. Una consecuencia obvia de dicho principio, que también tiene en Colombia rango constitucional, es entonces la llamada prohibición de retroceso, según la cual los Estados no pueden disminuir el grado de protección ya alcanzado frente a un derecho social. Por ejemplo, si bien ningún tratado de derechos humanos obliga a los países a establecer la gratuidad de la educación universitaria, si un Estado consagró dicha gratuidad, no puede en principio eliminarla ulteriormente, pues violaría el principio de progresividad y su consecuencia natural, que es la prohibición de retroceso.”<sup>22</sup>

Con lo cual podemos concluir de forma general, es deber del Estado no generar políticas internas o legislación, tendiente a retroceder en el proceso creación, protección y ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales. Pero en este punto tenemos que expresar que esta prohibición no es absoluta, sino por el contrario existen determinados casos en los cuales se le permiten a los Estados poder retroceder en la protección o reconocimiento de estos derechos, pero solo, en los casos en que estas medidas sean transitorias y no se prolonguen en el tiempo, además de lo anterior tenemos que agregar que el Estado tiene que justificar de una manera

sustentable, que este pequeño retroceso de los derechos sociales se justifican a futuro ya que lo que se pretende es buscar una mayor protección de los mismos a futuro, o que con esta medida a futuro reportará mayores beneficios a los ciudadanos.

Lo anteriormente expresado tiene su protección, en la medida que los tratados hablan de no tomar *deliberadamente* políticas o creación de legislación tendiente a la regresividad de los derechos Sociales, Económicos y Culturales. Resulta completamente razonable pensar que en un momento determinado y bajo unas ciertas circunstancias especiales (y no en todos los casos), se puedan ver aminorados (no desconocidos) los derechos sociales, que estas leyes, políticas o medidas gubernamentales tengan un carácter temporal (de ninguna forma permanente), y que el fin último de ellas, es que el Estado propenda por la mejora de los mismo o mayor protección a futuro.

Por lo anterior es que podemos expresar que existe un control por parte de organismos internacionales para la protección de los derechos sociales, económicos y culturales, como lo es el comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales, quien realiza un control constante a las políticas de los Estados miembros, realizando el siguiente procedimiento:

El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y

22 Uprimny Yepes, Rodrigo. (2007, 27 de octubre). *¿Es posible que la Corte Constitucional declare inconstitucional la reforma laboral de 2002 por no haber generado suficiente empleo de calidad, como se había propuesto hacerlo? Recuperado el 25 de noviembre de 2010 de: [http://dejusticia.org/interna.php?id\\_tipo\\_publicacion=1&id\\_publicacion=268](http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=268).*

alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional<sup>23</sup>

Por último, tenemos que expresar que estas medidas aun cuando fueran aprobadas por el comité, de ninguna forma se pueden extender en el tiempo de forma indeterminada, sino siempre tienen que tener un carácter de temporal con el fin de aumentar los beneficios a los ciudadanos.

### **6.3 ¿POSIBLE ELUSIÓN CONSTITUCIONAL?**

Aunque entendida teoría de no regresividad de las normas sociales, tenemos que tocar otro punto importante y del cual solo vamos a dejar enunciado a forma de pregunta, ya que ha mi forma de ver no existen los criterios suficientes para comprobarla.

En la actualidad se ha venido manejando la teoría de la elusión constitucional, figura que nos quiere representar el manejo que se le hace a las nuevas leyes, de tal forma que mediante una manipulación un poco fraudulenta el congreso pueda aprobar en debates determinadas iniciativas legislativas que en cuanto a su procedimiento o elaboración, tiene un apego estricto a la ley, pero en su trasfondo tiene un vicio oculto que vuelve a la norma inconstitucional.

Al respecto el Dr. Quinche Ramírez, Manuel Fernando, en su libro “la elusión Constitucional”, nos ilustra de manera clara sobre el tema expresando:

(...) elusión constitucional como forma de manipulación constitucional, en las distintas maniobras o procedimientos, formalmente válidos, pero materialmente contrarios a la Constitución y al Estado Constitucional democrático, por medio de los cuales se articula o adopta un aparato mimético, que permite la adopción de textos normativos, sin que sobre estos recaigan control judicial constitucional material”

De lo anterior podemos concluir que la elusión legislativa es aquella como su mismo nombre lo indica, se refiere a eludir o evitar, por ello y en ese mismo orden de ideas, podemos anotar que la elusión Constitucional consiste en evitar ciertos controles de constitucionalidad, de una determinada norma, pero que como vimos anteriormente, simplemente se evita el debate de constitucionalidad de la norma ya que éste se cubre con los procedimiento correctos y conforme a la norma, en cuanto al trámite y promulgación de la misma.

Por otro lado y esto no es menos importante, la elusión Constitucional también está referida a aquellas proposiciones aditivas o comúnmente llamadas micos legislativos, consistentes que elaborado un proyecto de ley tendiente a regular un aspecto concreto, dentro del trámite o incluso dentro del mismo proyecto de ley, va incluido un punto, por lo general muy corto, sobre un tema distinto a que con la ley se propone tratar, ejemplo de

<sup>23</sup> *Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2007). Los derechos sociales como derechos exigibles. Recuperado el 10 de diciembre de 2010 de: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>. Trotta, Madrid.*



ello es cuando se está discutiendo sobre incentivos para los campesinos para que vuelvan a cultivar, pero a la par de éste se modifique el estatuto tributario y se diga que todos los productos agrícolas quedan gravados por el IVA y los campesinos tendrán que empezar a declarar; como lo vemos son dos puntos contrarios ya que por un lado se pretende impulsar el campo pero por el otro busca acortar los ingresos percibidos por los campesinos.

Sobre el tema ha escrito el Dr. Quinche Ramírez, Manuel Fernando, manifestando:

(...)La elusión legislativa puede ser definida como una manipulación, maniobra o procedimiento, aparentemente válido en su forma, por medio del cual el Congreso evita el debate o votación de un tema específico o de una proposición aditiva, al amparo del trámite general de la iniciativa, de modo tal, que mediante la mimesis del trámite, se obtiene como resultado la aprobación del texto del tema, evitándose así el control de la iniciativa, encarnando en el debate y en la votación congresional.”  
(Subrayado fuera del texto)

Conforme a lo anotado anteriormente, es de concluir que muy probablemente, dentro del caso en análisis, podríamos estar hablando de la figura de la elusión constitucional, porque a nuestra forma de ver no existe una relación directa o por lo menos clara, de porque en pos de incentivar la creación de empresa correlativamente se tenga que menoscabar los derechos de los trabajadores, aunque la ley 1258 de 2008 cumple con todas las formalidades para su creación, indudablemente cosas en el fondo que resultan verdaderamente inconstitucional, no solo porque viola

normas y legislación interna, sino que ha olvidado los compromisos internacionales e incluso ha quebrantado tratados internacionales.

Terminando, a nuestra forma de ver el inciso segundo del artículo primero de la ley 1258 de 2008, es fue una maniobra, de una proposición aditiva, de la cual resulta evidente no fue tomada con seriedad o simplemente oculta, para evitar el control de constitucionalidad frente al congreso, ya que no se puede concebir como nuestro órgano legislativo, con la redacción de un párrafo hubiese: primero afectando a la gran mayoría de colombianos porque es de reconocer que somos un país de empleados, y segundo que haya desconocido la normatividad y legislación interna ya existente sin dar explicaciones claras del por qué lo hizo y tercero: haya roto compromisos internacionales, y a su vez desconocido normas internacionales que son legislación interna producto del Bloque de constitucionalidad.

#### **6.4 PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD Y DERECHOS LABORALES VERSUS INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY 1258 DE 2008**

Aunque pudo tornarse un poco disperso el artículo, producto de los dos capítulos anteriores, pretendo de poder cautivar su atención en las líneas subsecuentes, ya que estas pretenden condensar la información antes anotada, para el caso en concreto.

He de empezar resaltando que aunque hable de forma genérica de los derechos sociales, económicos y culturales, el punto que nos atañe estudiar, solo nos remite a los derechos de carácter laboral, debido a que consideramos en este punto de la

investigación que con la ley S.A.S., se ha producido una vulneración a compromisos con organismos internacionales, producto de un retroceso legislativo en la protección a derechos de los trabajadores.

Consideramos que de acuerdo a lo que hablábamos en líneas arriba, se ha producido un retroceso en la protección de los derechos laborales, al considerar el legislador que resulta conveniente en pos de la creación de empresa privada y posibles nuevos empleos, menoscabar derechos laborales, los cuales hacen parte de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por la misma constitución y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano<sup>24</sup>.

La anterior afirmación, considero, de ninguna forma es una opinión carente de fundamento, por el contrario cobra plena fuerza si estudiamos las tres modalidades de medidas regresivas, que han estudiado y desarrollado el comité de derechos económicos, sociales y culturales, en especial el referente al de:

Promulgar legislación o adoptar políticas que sean manifiestamente incompatibles con las observaciones jurídicas nacionales e internacionales existentes en relación con uno o varios de los derechos reconocidos en el pacto “un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que protege al asalariado contra el despido improcedente.”<sup>25</sup>

De lo anterior tenemos que resaltar, que el comité claramente ha expresado que una de las formas de crear o promover políticas Estatales de regresividad, es la promulgación de leyes tendientes a desconocer tanto tratados internacionales como el protocolo de San Salvador y la propia legislación interna, que como ya lo vimos la ley 1258 de 2008 en su artículo primero inciso segundo, desconoce claramente lo expresado en la constitución política colombiana en su artículo 53 inciso quinto que a la letra manifiesta:

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

Realizando un pequeño análisis al artículo antes mencionado podemos entender o concluir, que incluso la ley, no podrá desconocer los derechos laborales ya reconocidos, bien sea estos reconocidos por la constitución o como en este caso sucede reconocida en leyes normales.

Claro, no podría ser de otra forma distinta, ya que tenemos que recordar que no solo es porque se viole una ley del estatuto laboral, sino para el Estado que tiene un compromiso con sus gobernados y además con la comunidad internacional; con la cual se obligó a responder primero por el respeto y protección de los derechos sociales de sus asociados, buscando mecanismos efectivos para satisfacerlos a plenitud y como segundo a abstenerse

24 Sobre este punto es de anotar que con relación a los derechos económicos sociales y culturales, el Estado colombiano ha ratificado los siguientes tratados internacionales: 1. Declaración Universal de Derechos Humanos- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2. Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. 3. Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “protocolo de san salvador”.

25 Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2005). Observación general N° 18. El derecho al trabajo, párrafo 34. Recuperado el 15 de enero de 2011 en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>.

de realizar conductas o promover políticas tendientes al deterioro de los derechos económicos, sociales y culturales.

Entendido de esta forma, no podemos comprender cómo un Estado que está obligado ante la comunidad internacional a respetar los derechos de carácter social, cree normas tendientes a desconocer derechos reconocidos a los trabajadores, normas que tienden a la protección de un bienestar social, a un mínimo vital, a una remuneración por el trabajo realizado y por ende a la seguridad económica de un núcleo familiar. En conclusión es claro, evidente y repulsivo que con el actuar del legislativo, se genera un verdadero retroceso en la legislación colombiana y nada más y nada menos que una irresponsabilidad de nuestros congreso nacional, que si bien promulga una norma tendiente a incentivar la creación de empresa privada a su vez entierra un puñal a la legislación laboral afectando ostensiblemente garantías laborales.

Por último, es de anotar que si bien existe una justificable explicación para la creación de la ley 1258 de 2008, esta no justifica los micos legislativos que le colgaron a la misma. Porque se debe reconocer que no todo en esta ley es malo, ya que considero y reconozco esta forma societaria ha contribuido a la creación de nuevas empresas, lo cual es verdaderamente beneficioso para el país, debido a que ayuda al impulso de la economía colombiana mediante el desarrollo de la actividad comercial y creación de nuevos empleos.

Pero lo anterior no obsta a reconocer, que hay ciertos puntos negros en dicha ley que impiden que el progreso que se pretende sea de una forma equilibrada y ecuánime para todos los colombianos, ya

que si soy socio pobre en caso de iliquidez deshacerme de mis obligaciones fiscales y laborales, pero si soy trabajador de la misma sociedad insolvente, perderé mi derecho a poder reclamar el pago de mi salario o demás acreencias laborales, con el patrimonio propio de los socios.

Por otro lado y conforme a las reglas establecidas por el comité para determinar la regresividad o no de una ley, podemos expresar frente al inciso segundo del artículo primero, este no tiende a ser transitorio, sino por el contrario se consolida cada vez más al igual que la ley S.A.S., ya que es uno de sus grandes atractivos, como segundo encontramos que aunque esta ley de forma general tiene una explicación razonable y tiende a generar mayores beneficios a los ciudadanos, de forma especial (referido al inciso 2 del art.1 de la ley 1258), resulta completamente lesiva para la sociedad ya que no propende por generar beneficios a la mayoría de los colombianos, sino que por el contrario estos beneficios se reducen a los socios, ya que los empleados son los grandes afectados, por lo que no resulta justificable afectar a la gran mayoría de compatriotas con este inciso, en busca de un incentivo a un número reducido de personas.

Para concluir, se dice que para determinar si una ley verdaderamente es regresiva, se tiene que comparar con la ley que ha derogado, conforme al análisis que hemos realizado, podemos concluir que verdaderamente el inciso 2 del art.1 de la ley 1258, constituye un retroceso en las garantías o protección de los trabajadores, más exactamente en lo que se refiere a recibir un salario por su trabajo prestado, ya que dicho derecho se ve afectado en caso de que la sociedad pierda liquidez.

## 7. CONCLUSIONES

7.1 El tipo societario S.A.S, constituye uno de los modelos societarios más utilizados en la actualidad, por los grandes beneficios que representa, pero a la vez que incentiva el crecimiento de la actividad comercial, desconoce brutalmente derechos y garantías a que tienen derecho los trabajadores.

7.2 Con la vulneración de los derechos y garantías a los trabajadores con la ley S.A.S., se genera una desigualdad en la sociedad ya que no estarán igualmente protegidos los trabajadores de los demás tipos societarios, que los trabajadores de las S.A.S.

7.3 Es plenamente demandable por inconstitucional, el inciso segundo del artículo primero de la Ley 1258 de 2008, ya que con el actuar negligente e irresponsable del legislativo, se han quebrantado tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados por Colombia, se han incumplido compromisos con organismos internacionales, se ha quebrantado la constitución nacional, y como si fuera poco se han aminorado derechos de la clase trabajadora.

7.4 El inciso segundo del artículo primero de la ley 1258, constituye un verdadero retroceso en la protección y reconocimiento de los derechos laborales ya que deteriora las garantías laborales a un sector reducido de la sociedad (solo a empleados de las S.A.S.), no es una medida de carácter temporal si no tiende a consolidarse, no existe o no encontré razones verdaderamente justificables que sustenten la creación de este adefesio legislativo y por último la ley no tiende a beneficiar a todos los colombianos

de manera equitativa sino que es una medida desesperada y poco estudiada para incentivar este tipo societario.

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian. (2002). “los derechos sociales como derechos exigibles”. Editorial Trotta. Madrid, España.

- Colombia, Congreso de la República, ley 57 del 15 de abril de 1887, por medio de la cual se expide el código civil.

- Colombia, Congreso de la República, Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificadas.

- Colombia, Congreso de la República, Ley 3743 de 1950, por la cual se expide el código sustantivo del trabajo.

- Colombia, Congreso de la República, Ley 74 del 26 de diciembre de 1968, por medio de la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime adoptada en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU- 1023 del 26 de septiembre de 2001, M.P. Córdoba Triviño, Jaime.

- Colombia, Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral sección segunda. (1992, 26 de noviembre), “Radicado 5386” M.P. Hugo Suescún Pujols.

Colombia, superintendencia de sociedades. (1998, 5 de junio). “oficio 220-32221”, recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=1732>.



Colombia, Superintendencia de Sociedades. (2007, 15 de agosto). Oficio 220-039930, Recuperado el 26 de enero de 2011 de: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=27432&m=td&a=td&d=depend>.

Colombia, Superintendencia de sociedades. (2008, 6 de junio). "Oficio 220-039065". Recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=28837&m=td&a=td&d=depend>.

Comisión Colombiana de Juristas. (2010. Marzo). Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008), Recuperado el 20 de enero de 2011, de: <http://www.coljuristas.org/Portals/0/CCJInfoRegresivResum2002-2008.pdf>.

Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1990). Observación general N°3, La índole de las obligaciones estatales. Recuperado el 10 de diciembre de 2010 de: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>. Madrid.

Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2007). Los derechos sociales como derechos exigibles. Recuperado el 10 de diciembre de 2010 de: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>. Trotta, Madrid.

Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2005). Observación general N° 18. El derecho al trabajo, párrafo 34. Recuperado el 15 de enero de 2011 de: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>

MOJICA. Juan Fernando. (2007). "Conferencias para el desarrollo de la clase obligaciones". Sin editorial. Tunja, Colombia.

OIT. (2010, 16 de noviembre). "Informe Mundial de la Seguridad Social 2010-2011. Prestación de una cobertura en tiempos de crisis y más allá". Recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/press-releases/WCMS\\_146556/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/press-releases/WCMS_146556/lang--en/index.htm).

OIT. (2010, 16 de noviembre). "Informe Mundial de la Seguridad Social 2010-2011. Prestación de una cobertura en tiempos de crisis y más allá". Recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/press-releases/WCMS\\_146556/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/press-releases/WCMS_146556/lang--en/index.htm).

OIT. "Por el derecho que tenemos todos a un trabajo decente". Recuperado el 21 de diciembre de 2010 de: <http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/mexico/org/oit.htm>.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. (2009). "*La elusión Constitucional, una política de evasión del control constitucional en Colombia*". Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, D.C., Colombia.

Reyes Villamizar, Francisco. (2010). La sociedad por acciones simplificada, pág 88. Editorial Legis. Bogotá, Colombia.

ROSSI, Julieta. (2006). "la obligación de no regresividad en la jurisprudencia del comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU". ONU.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. (2007). Es posible que la Corte Constitucional declare inconstitucional la reforma laboral de 2002 por no haber generado suficiente empleo de calidad, como se había propuesto hacerlo? Recuperado el 25 de noviembre de 2010 de: [http://dejusticia.org/interna.php?id\\_tipo\\_publicacion=1&id\\_publicacion=268](http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=268).



# Contenido

Pág.

Pág.

EDITORIAL	13	La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal	157
PRESENTACIÓN	15	<i>Adriana Astrid Sierra Pinilla</i>	
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL	17	La violación del principio de progresividad en derecho laboral	173
Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública	19	<i>Ángela Mercedes Cárdenas Amaya</i>	
<i>Edwin Hernando Alonso Niño</i>		La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia	191
Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar	37	<i>Martha Angélica Salinas</i>	
<i>Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón</i>		La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional	205
<i>Lizzete Andrea Sánchez Bernal</i>		<i>Ángela Marcela Robayo Gil</i>	
La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia	59	Prohibición del Tabaco, sentencia C-639 de 2010, Proporcionalidad y Ponderación	225
<i>Lina Marcela Martínez Sarmiento</i>		<i>Fernando Tovar Uricoechea</i>	
<i>María Antonia Perilla Cárdenas</i>		SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.	243
Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos	75	La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico	245
<i>Diego Alejandro López Laiton</i>		<i>Sara Lorena Alba Palacios</i>	
<i>Mario Alfonso Villate Barrera</i>		El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia	267
La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial	89	<i>Edwin Hernando Alonso Niño</i>	
<i>Nubia Lorena Daza López</i>		El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas	277
SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO	105	<i>Elizabeth Vargas Salcedo</i>	
El "espíritu" del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad	107	<i>Genny Paola Espítia Raba</i>	
<i>Nonny Carolina Benavides Martín</i>		Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano	289
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>		<i>Martha Liliana Hurtado Pedraza</i>	
El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena	119		
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>			
Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?	129		
<i>Edison Fernando Vargas Nieto</i>			
Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia análisis del proyecto de ley 110 del senado	147		
<i>Luis Ricardo Carreño Garzón</i>			



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T O M Á S

Experiencia y Calidad



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja