

# Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo

## Application of the primacy of the reality over the formal work contracts

### Cómo citar este artículo:

Muñoz, A. (2012). Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo. *Pensamiento Americano*, 9-14.

Alcira Muñoz Osorio\*  
amunoz@coruniamericana.edu.co

### Resumen

Siendo el trabajo un derecho protegido por la Carta Magna y por las leyes colombianas, que tienen todos los colombianos, hoy en día goza de especial protección, hasta el punto que el artículo 53 de la actual Constitución Nacional indica los principios básicos que deben regir para el derecho laboral. Es motivo de preocupación por parte de los trabajadores colombianos ver cómo algunos empleadores han tratado de desnaturalizar los contratos de trabajo, haciendo creer que el contrato de trabajo no existe en situaciones en donde se evidencia un verdadero contrato laboral, porque cumple con los elementos del mismo. Es por eso que en el presente artículo de reflexión se hace un estudio del marco normativo que le da soporte legal a este importante principio, y también se referencian fallos de las Altas Cortes que se han tomado como precedente.

### Palabras clave

Contrato, primacía de la realidad sobre la formalidad, subordinación, desnaturalización, outsourcing, prestación de servicios.

### Abstract

Work, being a right protected by the Constitution and colombian laws have all colombians today enjoys special protection to the point that Article 53 of the current national constitution indicates the basic principles to be applied to labor law, is concern on the part of Colombian workers to see how some employers have tried to distort the labor contracts pretending that no employment contract in situations where there is evidence of a true contract because it meets the elements of the same. In this essay a study of the regulatory framework which gives legal support to this important principle are referenced as well as high court rulings that have been taken as a precedent.

### Key words

Contract primacy of the reality on the formality, subordinate, denaturation, Outsourcing, services.

### Primacía de la realidad sobre la formalidad

En las últimas décadas, algunos empleadores, en su afán de evadir sus responsabilidades, han tratado de disfrazar el contrato de trabajo, aparentando otro tipo o modalidad de contrato. Es así como en las relaciones laborales encontramos trabajadores vinculados mediante diversas modalidades diferentes del contrato laboral. Sin embargo, son relaciones en las que se dan los tres elementos integrantes del contrato de trabajo, como son: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación o dependencia y la remuneración.

Hoy en día notamos que hay un considerable número de personas que tienen vinculación laboral mediante las siguientes modalidades: contrato de prestación de servicios, agencia comercial, outsourcing, contratistas independientes, e incluso se han tomado las cooperativas de trabajo asociado y las pre cooperativas para aparentar una vinculación diferente del verdadero contrato de trabajo.

### Contrato de trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo define claramente en su artículo 22 el contrato de trabajo

\* Abogada. Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, Maestrante en Derecho Administrativo. Docente del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana.  
Artículo recibido: Diciembre 16/2011. Aceptado: Enero 28/2012.

así: “Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”, (Art. 22 Código Sustantivo del Trabajo).

Entendiéndose por persona natural al ser humano como tal, y a la persona jurídica como todo ente ficticio que debe estar representado por una persona natural, persona ésta que es quien ejerce la representación judicial y extrajudicialmente, las personas jurídicas, para poder ejercer como tal, requieren de una personería jurídica, reconocimiento otorgado por el órgano estatal encargado de ello.

De lo anterior podemos colegir que en el contrato de trabajo debe estar presente siempre el elemento humano como parte integrante del mismo. De la misma forma, el referenciado artículo habla de la dependencia o subordinación y de la remuneración.

### Elementos del contrato de trabajo

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990 indica:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual subordinación debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo, y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”. (Art. 23 Código Sustantivo del Trabajo).

• **La prestación personal del servicio.** Este es un elemento muy importante, ya que de no existir la actividad personal en la prestación del servicio no se puede hablar de contrato de trabajo. El servicio o la labor debe ser desarrollada por la persona natural que suscribió el contrato de trabajo, servicio que debe ser prestado a favor de una persona que puede ser igualmente natural o jurídica.

• **La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.** Hace referencia a la obligación que tiene el trabajador de acatar las órdenes e instrucciones impartidas por el empleador, o a través de sus representantes. La subordinación por parte del empleador es la facultad que le asiste a éste de emitir órdenes al trabajador en el transcurso de la relación laboral, órdenes que no deben contravenir las normas laborales ni los convenios internacionales al respecto, sin que se afecten el mínimo de derechos y garantías consagradas en el Art. 13 del Código Sustantivo del Trabajo.

La dependencia hace referencia al suministro de elementos e implementos para que el trabajador pueda desempeñar la labor encomendada en virtud del contrato de trabajo suscrito.

• **El salario.** Es la contraprestación recibida por el trabajador, ya sea en dinero o en especie, por poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo.

El Código Sustantivo del Trabajo establece que el contrato de trabajo según la forma puede ser verbal y escrito:

### Contrato de trabajo verbal

Es el que se celebra de palabra y se da cuando las partes, empleador y trabajador, se ponen de acuerdo sobre las condiciones que empezarán a darse en la relación laboral que nace, como la índole del trabajo, el lugar donde ha de prestarse el

servicio, la remuneración y la duración del mismo. El contrato de trabajo que se celebra de manera verbal tiene la misma protección legal que el que se celebra por escrito; el trabajador tiene derecho a todas las prestaciones sociales.

El contrato de trabajo celebrado verbalmente se considera que es un contrato a término indefinido, es decir sabemos el día de su iniciación pero desconocemos el de su terminación.

### **Contrato de trabajo escrito**

Debe constar de un documento, el cual debe estar firmado por las partes, y en él deben estar incluidas todas las condiciones que lo rigen, tales como la identificación y domicilio de las partes; el lugar y la fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y en donde se tiene que prestar el servicio; la naturaleza del trabajo; la cuantía de la remuneración, su forma y períodos de pago; la estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación. (Código Sustantivo del Trabajo Art. 39).

El Art 53 de la Constitución Nacional establece: El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: “Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legis-

lación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

### **El contrato realidad**

Analizando el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, puede colegirse que es aquel contrato que no se formalizó, pero se tienen en cuenta los hechos y circunstancias que se presenten en las actividades laborales desarrolladas por el trabajador, sin darle importancia a lo estipulado de forma verbal o a lo que se haya convenido en un contrato no laboral. Se ha determinado que existe otra modalidad de contrato de trabajo, y este es el contrato realidad, que hace parte de los contratos de trabajo según la forma, entonces se puede afirmar que los contratos de trabajo según la forma son: verbal, escrito y el contrato realidad. El contrato realidad tiene su sustento en la Constitución Nacional, en la jurisprudencia, en la ley laboral y en la doctrina.

### **Constitución Política de Colombia**

En su Art. 53 encontramos el Principio fundamental de “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”, que indica que prima la realidad de los hechos sobre lo que se pueda observar en documentos o escritos suscritos por las partes e incluso en la misma voluntad de las partes.

Según el profesor uruguayo Américo Pla Rodríguez, “el desajuste entre los hechos y la forma puede tener diferentes procedimientos: resultar de la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. Diferencia que puede versar sobre todos los aspectos del contrato”. (Teoría General del Derecho Laboral, Guerrero Figueroa Guillermo, Pág. 302).

Este principio constituye una protección al trabajador, lo cual es objeto primordial del Código Sustantivo del Trabajo, cuando en su Art. 1 expresa: “La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro

de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”. (Código Sust. del Trabajo. art. 1).

### **Jurisprudencia Nacional**

La honorable Corte Constitucional, la Sala laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, así como el honorable Consejo de Estado en múltiples fallos se han pronunciado de la siguiente manera:

#### **Corte Constitucional**

Al respecto, la Corte en sentencia C-665 de 1998, MP. Hernando Herrera Vergara, estimó que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, implicaba un “reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades”. [2]

Asímismo, en la aludida providencia, la Corte manifestó que el elemento esencial tipificador y diferencial del contrato de trabajo es la subordinación, pues “no pueden darse relaciones de trabajo sin un poder de dirección y un deber de obediencia, es decir, sin aquel elemento de subordinación en el cual justamente los juristas ven la señal inconfundible del contrato de trabajo”. [4]

En cuanto a la aplicación de este principio, cabe recordar lo dicho por esta Corporación en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994: “La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de su subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo por sí sola es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin

reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato”.

#### **Consejo de Estado**

En sentencia del 21 de febrero de 2002, la Sección Segunda del Consejo de Estado, al referirse al cargo de una aseadora del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) –seccional Huila-, reconoce, sobre la base del principio de la realidad sobre las formas, la existencia de una relación laboral donde concurren los tres elementos esenciales de este tipo de contratación, sin importar que no se cumpla el mismo horario que cumplen los demás empleados y que el cargo no esté previsto en la planta de personal, pues estos factores no son determinantes para desconocer el vínculo laboral y acudir a la figura de la prestación de servicios.

Al respecto reitero posiciones anteriores así: “El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”.

#### **Corte Suprema de Justicia**

La Corte Suprema de Justicia ha sido muy puntual en la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad, dando origen al contrato realidad, que en los últimos años ha proliferado debido al afán de algunos empleadores de evadir las responsabilidades que se derivan del contrato de trabajo, escondiendo así una verdadera relación laboral, aparentando contratos civiles de prestación de servicios, contratos con trabajadores ocasionales, contratos de outsourcing con particulares, etc.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que “uno de los elementos determinantes para señalar cuándo una relación de trabajo es laboral y cuándo es civil, es el análisis de la función contratada, pues si la labor contratada corresponde al ‘giro ordinario de los negocios’ o hace parte del objeto social o función permanente de la empresa y, a ello se suman los demás elementos de la relación

laboral, éste será un contrato de trabajo regido por el Código Sustantivo del Trabajo”.

La sentencia del 9 de abril de 1991, M.P. Dr. Ernesto Jiménez Díaz, manifestó: “Para la Sala, el trabajo ocasional, accidental o transitorio, regulado por el artículo 6 del C.S. de T., se caracteriza por su corta duración, circunstancia que es opuesta a la continuidad o permanencia en la actividad correspondiente. Además debe tratarse de labores distintas a las efectuadas normalmente por el empleador”.

### Ley laboral

El Artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el contrato de trabajo es “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

El Artículo 23 numeral 2 del código sustantivo del trabajo expresa: “Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

El Artículo 24 del código sustantivo preceptúa: “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

De acuerdo con lo establecido en los Artículos antes mencionados, se observa que no importan las formalidades establecidas por los sujetos de la relación contractual, así como tampoco lo que se pretenda aparentar, presentando figuras que lo que buscan es la desnaturalización del verdadero contrato de trabajo. En estos casos debe primar la realidad de los hechos, de acuerdo con la ley laboral. De aquí surge la denominación del contrato realidad.

### Doctrina

Numerosos juristas se han pronunciado sobre el contrato realidad, argumentando y justificando el nacimiento de éste pese a las formalidades que las partes involucradas quieran hacer parecer. A

continuación citamos a estudiosos del Derecho que han hecho su valioso aporte:

Cabanellas indica: “Muchas veces se trata de dar a un trabajador subordinado la apariencia de un trabajador autónomo. Esta situación es tan frecuente que obliga a los tribunales a determinar no que el contrato sea simulado, y sí simplemente establecer la verdadera naturaleza de la prestación. De esta forma, las disposiciones del Código Civil sobre simulación de contratos se borran para penetrar en el contrato realidad; esto es, en ejecución de la prestación de un trabajo, deduciendo de ello sus características esenciales para llegar a la determinación de la naturaleza del vínculo que liga a las partes”. (Derecho Individual del Trabajo, Alfonso Vanegas Castellanos, pág. 145).

Deveali afirma: “para simular un contrato de locación de obra o de servicio que oculta un verdadero contrato de trabajo se utilizan diversos recursos: en todos los casos debe tratarse, como hemos dicho, de llegar al contrato realidad, a la efectiva prestación, al orden de la relación habida entre las partes, para determinar la verdadera naturaleza jurídica del acto cumplido”, CSJ, Cas. Lab., noviembre 27/57. (Teoría General del Derecho Laboral, Pág. 304).

Pérez Botija expone: “De la conducta de dos personas puede deducirse un contrato de trabajo, aun cuando los propios interesados tuvieran interés en negarlo (para burlar, por ejemplo, seguros sociales, ley de jornada, etc.)... Como el contrato existe, o al menos, a efectos legales se presume siempre que existe, desde que una persona preste trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, aunque los sujetos afirmen expresamente ante un órgano público que su relación de servicio no constituye contrato de trabajo, éste producirá efectos. La voluntad del contrato de trabajo excede, pues, de la voluntad expresamente exteriorizada por las partes”. (Teoría General del Derecho Laboral, Pág. 304).

### Constitucionalidad

Muy a pesar de que la jurisprudencia, la ley y la doctrina ya habían reconocido la existencia del contrato realidad, fue en la Constitución Política de 1991 donde este se elevó a rango constitucio-

nal, al enunciar en su Artículo 53 lo siguiente: El Congreso expedirá el Estatuto del Trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

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

### La tutela y el contrato realidad

Cuando los hechos demuestren la existencia de un contrato realidad y se vean afectados derechos fundamentales, se puede hacer uso de la acción de tutela para proteger tales derechos, siempre y cuando se demuestre que se afecta el mínimo vital del trabajador, la dignidad humana y la igualdad.

### Conclusión

Tomando en cuenta los aspectos constitucionales, jurisprudenciales, legales y doctrinales, se puede concluir que en el ámbito laboral el trabajo goza de especial protección, la que se extiende a los contratos laborales; es así como hoy día podemos hablar del contrato realidad que es una modalidad de contrato laboral según la forma.

La Constitución Nacional en el Art. 53 estableció el principio de primacía de la realidad sobre la formalidad, el cual ha sido objeto de estudio, llegándose a la conclusión que independientemente de lo que se encuentre plasmado en los documentos primará la realidad de los hechos, teniendo en cuenta que en lo que concierne a aspectos laborales, se consideran derechos fundamentales que el

Estado debe garantizar.

De la misma manera, la honorable Corte Constitucional, así como la Corte Suprema de Justicia en innumerables fallos, ha manifestado que la subordinación se considera el elemento determinante del contrato realidad, ya que no puede considerarse la existencia del contrato de trabajo sin que exista el mencionado elemento.

De igual forma los estudiosos del Derecho en la doctrina manifiestan que independientemente de la apariencia que muestre el empleador para tratar de evadir sus responsabilidades derivadas del verdadero contrato de trabajo se tendrán en cuenta las verdaderas y reales características del contrato de trabajo.

### Bibliografía

- Código Laboral Colombiano. Editorial Temis.
- Constitución Política Colombiana. Editorial Temis.
- Guerrero Figueroa, Guillermo. Teoría General del Derecho Laboral. Editorial Leyer. Quinta edición.
- López Fajardo, Alberto. Elementos de Derecho del Trabajo. Ediciones Librería del Profesional LTD. Tercera edición.
- Vanegas Castellanos, Alfonso. Derecho Individual del Trabajo. Ediciones del Profesional Ltda. Primera edición (2011).
- Sentencia C-665 de 1998 de la Corte Constitucional.
- Sentencia C-555 de 1994 de la Corte Constitucional.
- Sentencia 21 de febrero de 2002 del Consejo de Estado.
- Sentencia 9 de abril de 1991, M.P. la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia T 500 de 2000, M.P. la Corte Suprema de Justicia.