***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 8 de octubre de 2015*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2014-00201-01*

***Proceso****:*  *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Paula Andrea Sánchez Tapasco*

***Demandado:*** *Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo de Pereira*

***Juzgado de origen****: Tercero Laboral del Circuito de Pereira*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Elemento de la subordinación:*** *En el sub-lite, no cabe duda que el elemento esencial para declarar la existencia de un contrato de trabajo, esto es, la subordinación, quedó debidamente acreditado por la demandante, pues el Instituto demandado, no logró acreditar que la suscripción de los supuestos contratos u órdenes de servicios, fueron ejecutados conforme a las reglas de la Ley 80 de 1993, atrás referidas, aparte porque veintidós (22) miembros de la banda sinfónica de Pereira, que ejecutaban o desarrollaban idénticas funciones a las asignadas a la demandante, hacían parte de la planta de personal del Instituto accionado en carrera administrativa, además, Paula Andrea fungió como Coordinadora de talleristas, esto es, se le asignaron funciones de supervisión a pesar de ostentar la calidad de contratista.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los ocho (8) días de octubre de dos mil quince (2015), siendo las ocho y treinta minutos de la mañana (8:30 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, para decidir el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de agosto de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Paula Andrea Sánchez Tapasco*** contra el ***Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo de Pereira.***

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

*I.* ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, digamos a modo de introducción que la demandante ***Paula Andrea Sánchez Tapasco,*** pretende que contra el demandado ***Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo de Pereira,*** se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, materializado entre el 15 de febrero de 2005 y el 20 de diciembre de 2012.

Como consecuencia, solicita que se condene a la entidad accionada a pagar lo que corresponda por concepto de: auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por no consignación de las cesantías, sanción por no haber pagado los intereses a las cesantías directamente a la demandante, amén de las indemnizaciones por despido injusto y por haber sido despedida mientras se encontraba en situación de vulnerabilidad, licencia de maternidad, sanción moratoria, esta última de forma principal y, subsidiariamente la indexación de las condenas. Finalmente, peticiona que se ordene el pago de los aportes dejados de cancelar en la AFP Colfondos, más las costas procesales.

Las súplicas se fundan en que la actora es licenciada en Música; que el 15 de febrero de 2005 fue contratada por la demandada, para el montaje de agrupaciones musicales en las instalaciones del Colegio Suroriental en el Barrio Boston bajo la dirección del licenciado Ignacio Antonio Torres Ríos, quien fungía como Director de la Banda Sinfónica y de los procesos de la banda de escuela; que el 15 de julio de ese mismo año 2005, ingresó a ser parte de la Banda Sinfónica Municipal de Pereira, como músico sinfónico intérprete de saxofón barítono; que también ejecutaba funciones como Coordinadora y dictando talleres en el Centro de Cultural Lucy Tejada, además integró tres grupos de cámara; que se trasladaba dentro y fuera de la ciudad, por orden y en representación del Instituto demandado, a conciertos programados por esa mismo instituto; que para los año 2011 y 2012 se desempeñó como coordinadora del proceso musical del Instituto de Cultura.

Agrega, que de lunes a jueves cumplía un horario de ensayos de 7:30 a.m. a 12:30 m y, de 2:00 a 6:00 p.m.; que los viernes de 2:00 p.m. a 5:30 p.m., efectuaba el toque en retreta con la Banda Sinfónica en diferentes partes de la ciudad, labores que tuvieron igual o mayor intensidad horaria a la de los músicos de carrera administrativa.

Que el día 29 de marzo de 2010, tuvo el periodo de lactancia; que a principio del 2012, empezó a padecer dolor maxilar, debido a la boquilla del clarinete bajo, con diagnóstico de enfermedad de tipo laboral típica de la actividad, denominada artrosis severa, por lo que tuvo varias incapacidades entre julio y diciembre de 2012, con pleno conocimiento de los miembros de la banda sinfónica de Pereira; que el 20 de diciembre de ese año fue separada de sus labores y que a la presentación de la demanda, se encontraba pendiente de una cirugía reconstructiva de la articulación de la mandíbula, amén que no puede ejecutar instrumentos musicales de viento con embocadura.

 El ***Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo*** se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la prestación personal del servicio como instructora de las bandas comunitarias de los Colegios Técnico Superior y Sur Oriental y, como instrumentista de la banda sinfónica de Pereira; que nunca canceló los haberes laborales, dado que la vinculación de aquella, se efectuó conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Propuso como excepción de mérito: Inexistencia de causa para demandar y cobro de lo no debido.

 El ***Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira,*** negó los pedimentos, indicando que antes del 2007 los músicos de las orquestas sinfónicas eran vinculadas como empleados públicos y luego, fueron catalogados como trabajadores oficiales. Arguyó que si bien se había probado la prestación personal del servicio de la demandante en pro del Instituto demandado, la misma fue con ocasión de órdenes de servicios evidenciando que Paula Andrea, gozaba de plena autonomía para la realización de sus labores, podía ausentar en cualquier momento del lugar donde ejecutaba las funciones contratadas y, además, las podía delegar a otro músico, previa autorización del Director o Interventor de la banda sinfónica, lo cual desdibuja la existencia de subordinación, puesto que, coordinaba los diferentes talleristas, tenía flexibilidad para programar las clases y sus labores fueron interrumpidas, siendo la última del 15 de febrero al 20 de diciembre de 2012, esto es, no permanentes, pues no duraban más de 3 o 4 meses.

 La parte demandante, presentó recurso de apelación, en orden a que se revocara la sentencia de primer grado, acogiendo el principio de la realidad sobre las formalidades, dado que siempre hizo parte de la banda sinfónica de Pereira como instrumentista, asistiendo de manera obligatoria a los ensayos dentro del horario dispuesto por el Director de esa banda, el cual era de 7:30 a.m. a 12:00 m., a las retretas y conciertos programados; que en lo único que tenía flexibilidad, era en las horas que debía dictar los talleres, sin embargo, estaba sometida al cumplimiento de tales horarios; que fue coordinadora de las actividades de los alumnos y profesores para que se cumplieran los horarios programados, lo que demandaba la atención de la jornada en la tarde; que no tenía autonomía, puesto que previo a ausentarse de su lugar de trabajo, debía solicitar el permiso ante su jefe inmediato, el interventor del contrato y en otros casos, el Director de la Banda; que los elementos e instrumentos utilizados para el desarrollo de sus labores, eran de propiedad del Instituto demandado y; que su vínculo fue permanente, citó al efecto, sentencia C-614 de 2009.

***Problema jurídico*.**

En orden a analizar el recurso de apelación de la demandante, deberá desatarse el siguiente problema jurídico

*¿Existió entre las partes un verdadero contrato de trabajo sin solución de continuidad desde el 15 de febrero de 2005 y el 20 de diciembre de 2012?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante.

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis se refirieron a los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

*III.* ***CONSIDERACIONES***

***3. Desenvolvimiento de la controversia.***

Se pretende, de conformidad con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecido en el artículo 53 de la Carta Magna, que se declare la existencia del contrato de trabajo celebrado entre la señora Paula Andrea Sánchez Tapasco y el Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo de Pereira, desde el 15 de febrero de 2005 y el 20 de diciembre de 2012, y como consecuencia de dicha declaración, se condene a esta última al reconocimiento y pago de las acreencias laborales legales a que tiene derecho.

 En torno a la calidad de trabajador oficial de los servidores vinculados a los entes públicos, es preciso determinar, por un lado, el componente orgánico, en orden a precisar la naturaleza de la institución al que se prestó el servicio: Nación, Departamento o Municipio, establecimiento público, Empresa Industrial y Comercial del Estado, etc., y por el otro lado, el funcional, relativo a las tareas encomendadas al servidor.

Para ello, es menester traer a colación el artículo 1º del Decreto 827 de 2001, por medio del cual se indica que el Instituto de Cultura de Pereira, es un establecimiento público del orden municipal con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y financiera y; el artículo 19 ibídem, que dispone que los servidores vinculados a ese Instituto, son empleados públicos.

Así las cosas, en principio, podría decirse que no se cumple con uno de los presupuestos para continuar con el estudio del presente asunto, dado que la regla general, es que quienes se vinculen al Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo de esta ciudad, ostentan la calidad de empleado público, sin embargo, la Ley 1161 de 2007, trae como excepción, que *“Los músicos de las orquestas de carácter sinfónico al servicio del Estado tendrán el carácter de trabajadores oficiales y se vincularán mediante contratos de trabajo”.*

De suerte que, en el *sub-lite,* no hay margen a duda de que en el caso de la demandante se reúne, el componente orgánico como funcional, de trabajadora oficial, en la medida en que fungió en un establecimiento público del orden municipal, como músico intérprete de saxofón barítono, instrumentista de clarinete bajo de la banda sinfónica de esta ciudad, tallerista de musicales infantiles y juveniles del Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo y Coordinadora de las bandas musicales en la subsede Lucy Tejada.

Por lo que habrá de presumirse el elemento subordinación en la relación

debatida, dado que ninguna duda arroja el hecho de la prestación del servicio (artículo 20 del Decreto 2127 de 1945).

 En *sub-lite*, las pruebas documentales allegadas al plenario y las declaraciones rendidas a instancias de ambas partes, dieron cuenta de la prestación personal del servicio por parte de la demandante en el área de Extensión Musical del Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo.

 En estas condiciones, Diana Carolina Valencia Rincón, integrante de la Banda Sinfónica de Pereira, en declaración postulada por la actora, dio cuenta que Paula Andrea tenía que cumplir obligatoriamente el horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.; que en ocasión, a raíz de conciertos y programas, tal horario podía sufrir modificaciones; que debía acatar las órdenes del Interventor del contrato y del Director de la Banda; solicitar permisos para ausentarse y recibir memorandos si incumplía con la jornada laboral establecida; que los ensayos y labores debían cumplirse estrictamente en las instalaciones del Instituto demandado y; que los contratistas cumplían idénticas funciones a las de los trabajadores en carrera de ese Instituto.

 Por su lado, Mónica Lucía Bustamante, José Ángel Vargas Bolaños, Ezequiel de Jesús Molina Gallego, Ignacio Antonio Ríos Torres y Gilberto Giraldo Herrera, adujeron que la demandante, cumplió con el horario de los ensayos de la banda sinfónica de Pereira, dado que una de sus labores era apoyar la parte misional de esa banda para la presentación de un concierto cada mes; que cuando debía ausentarse, se lo comunicaba al interventor del contrato o al Director de la banda, pudiendo ser reemplazada en los ensayos, cuando resultaba forzoso.

 Que la actora en las tardes de lunes a jueves igualmente, fungió como tallerista en la formación en bandas musicales por espacio de 22 horas al mes y, como coordinadora 2 días a la semana; como tallerista, programaba o concertaba los horarios dependiendo de su disponibilidad, con los padres de familia y alumnos, pudiendo ser reemplazada; que como coordinadora estaba pendiente de que los niños o jóvenes, y profesores asistieran en los horarios convenidos y; que era quien revisaba los informes que los contratistas debían presentar, para obtener la remuneración de sus servicios.

 Abonaron que la actora ejecutaba dichas labores dirigidas a niños y jóvenes vulnerables, cuyos padres hacían ingentes esfuerzos dados los pocos recursos económicos que poseían.

 Expresaron que la labor de coordinación, le generaba a la actora un rubro adicional de $200.000 o $219.000 más o menos; argumentaron que la supervisión de los profesores o talleristas la realizaba de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., en dos tardes a la semana, previa escogencia, por parte de Paula Andrea Sánchez Tapasco.

 El deponente Ezequiel de Jesús Molina, anotó que había dejado de prestar sus servicios, por cuanto había perdido el examen, el cual medía su nivel musical, evaluación a la que aludieron los demás declarantes, refiriendo que de la misma, dependía la continuidad o la suscripción de una nueva orden de servicios, debiendo aprobar la audición o evaluación que le hacían.

 Aunado a lo anterior, en el contrato de prestación de servicios No. 20120060 del 15 de febrero de 2012, se consignaron como obligaciones de la contratista, entre otras, las de: *“1. Asistir a las horas programadas para los ensayos, conciertos, clases de las bandas juveniles, coordinación de las Bandas Musicales y demás actividades de la Banda Sinfónica de Pereira. 2. Responder por los solos y obligaciones que le sean asignadas por el director de la Banda Sinfónica, en los procesos que esta* [sic] *adelanta, al igual que por el cuidado y manejo del instrumento que se le entrega a su cargo para el desarrollo de la orden de servicios. 3. Entregar oportuna y debidamente diligenciados los informes y formatos de gestión de calidad de acuerdo al requerimiento del interventor. (…) 5. Coordinar el proceso de Bandas Musicales”,* amén que los pagos a que tenía derecho, se hacían mensualmente(fls. 53 a 57)*.*

 De otra parte, en las órdenes de servicios de febrero de 2011 y febrero de 2012 visibles a folios 49 y 50, amén del Otro Sí al contrato de prestación de servicios referido en el párrafo anterior (fl. 58), se hace alusión a que la demandante se obligaba *“a prestar el servicio de apoyo a la gestión del Instituto de cultura y fomento al turismo de Pereira en la dirección operativa extensión musical, como instrumentista de clarinete bajo de la banda sinfónica de Pereira, tallerista (…) coordinadora de las bandas musicales en la subsede Lucy Tejada”.*

 Del material probatorio aludido, se observa que la subordinación respecto de la demandante fue evidente, en torno al sometimiento de órdenes impartidas por los jefes inmediatos, esto es, el Interventor del contrato, quien hacía parte de la Banda Sinfónica y, el Director de la misma; la rendición de informes de gestión; la aprobación de evaluaciones que median su nivel musical y; las jornadas laborales, etc.

 Es así que, no cabe duda, que el elemento esencial para declarar la existencia de un contrato de trabajo, esto es, la subordinación, quedó debidamente acreditado por la demandante, sin que el Instituto demandado, lograra desvirtuar dicha presunción, dado que el único argumento en que fundó su defensa, era que los supuestos contratos u órdenes de servicios, fueron ejecutados conforme a las reglas de la Ley 80 de 1993, sin embargo, la relación no tuvo el carácter de excepcional, ni temporal, ni era para que se realizara en el estricto término necesario, aunado a que la entidad disponía en forma paralela, el personal de músicos de planta, integrado por 22 músicos, según el dicho del deponente Gilberto Giraldo Herrera, escalafonados en la carrera administrativa, efectuando labores idénticas a las desarrolladas por la demandante, aunado a que aquella, cumplía funciones de supervisión, esto es, como Coordinadora, a pesar de ostentar la calidad de contratista.

 Obviamente que no tenía sentido, que como independiente, se le hubiera asignado a la actora el cargo de coordinadora previsto en la planta de personal.

De modo que, erró la jueza de primer grado, en cuanto negó la existencia del contrato de trabajo, al no avisorar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 Superior), razón por la cual habrá de revocarse la sentencia de primer grado, y en su lugar, acceder a los pedimentos de la demanda, en tal sentido.

Ahora bien, conforme a la certificación expedida por el Director Talento Humano y Jurídica del Instituto accionado obrante a folio 47 y 48, la actora suscribió multiples contratos de prestación de servicios, entre los cuales existieron varias interrupciones mayores a quince (15) días, tal cual se evidencia en el cuadro anexo que se pone de presente a las partes y que hará parte del acta que se levante con occasion a esta diligencia.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Orden | No. Contrato | Fecha de inicio | Fecha de terminación |
| 1 | 047 | 25-Ene-2006 | 24-May-2006 |
| 2 | 0061 | 20-Feb-2007 | 05-Nov-2007 |
| 3 | 067 | 19-May-2008 | 19-Ago-2008 |
| 4 | 157 | 29-Sep-2008 | 29-Dic-2008 |
| 5 | 011 | 30-Mar-2009 | 29-Sep-2009 |
| 6 | 127 | 02-Oct-2009 | 18-Dic-2009 |
| 7 | 031 | 28-Ene-2010 | 27-Jun-2010 |
| 8 | 144 | 15-Jun-2010 | 30-Dic-2010 |
| 9 | 20110041 | 15-Feb-2011 | 14-Dic-2011 |
| 10 | 20120060 | 15-Feb-2012 | 20-Dic-2012 |

Tales interregnos, se explican con las versiones de Ignacio Antonio Ríos Torres y Gilberto Giraldo Herrera, postulados a instancias de la entidad demandada, en cuanto a que Paula Andrea Sánchez Tapasco, cesaba al mismo tiempo que los músicos de planta, para disfrutar el periódo de vacaciones colectivas, entre mediados de diciembre y, hasta la segunda o tercera semana del mes de febrero del siguiente año, lapso que efectivamente coincide con lo consignado en los contratos u órdenes de servicio, a partir del 30 de marzo de 2009 y hasta el 20 de diciembre de 2012.

Pese a lo anterior, conforme a los artículos 8º del Decreto 3135 de 1968 y 43 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días de vacaciones por cada año laborado, en consecuencia, no podría declararse la existencia de una sola relación laboral, como lo suplica la parte actora, dado que el lapso supuestamente concedido para el disfrute de las vacaciones, fue superior al legalmente establecido durante algunos períodos.

Igualmente se evidendió que entre el 30 de marzo de 2009 y el 18 de diciembre de ese mismo y del 28 de enero hasta el 30 de diciembre de 2010, se presentaron unas interrupciones, empero, las mismas sobrepasaron los 15 días, en consecuencia, colige la Sala que durante dichos interregnos –del 29 de septiembre al 2 de octubre de 2009 y del 27 de junio al 15 de Julio de 2010-, las partes dedicaron a los trámites de legalización de una nueva contratación.

De allí que por esos lapsos se declarará un solo contrato, al paso que antes y después de esas calenda, se registran períodos aislados, o no continuos, así: *i)* del 25 de enero al 24 de mayo de 2006; *ii)* 20 de febrero al 5 de noviembre de 2007; *iii)* del 19 de mayo al 19 de agosto de 2008; *iv)* del 29 de septiembre al 29 de diciembre de 2008; *v)* 30 de marzo al 18 de diciembre de 2009; *vi)* 28 de enero al 30 de diciembre de 2010; *vii)* del 15 de febrero al 14 de diciembre de 2011 y; *viii)* 15 de febrero al 20 de diciembre de 2012.

 En pos de lo anterior, se declarará la existencia de ocho (8) contratos de trabajo, amén que se tendrá como extremo final de la relación laboral, el 20 de diciembre de 2012, data que fue aceptada por el Instituto demandando, al dar contestación al hecho vigésimo octavo de la demanda (fl. 97).

Concordante con lo dicho, a la demandante le asiste el derecho a las prestaciones sociales y compensación de vacaciones peticionada en el libelo inicial, atendiendo el hecho que las mismas nunca le fueron reconocidas según lo expuesto por el Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo en los fundamentos de su defensa.

 ***3.1. Indemnización por terminación del contrato sin justa causa:*** Disponen los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, razón por la cual de no encuadrarse en las mismas, la deducida en juicio, se abriría paso a la indemnización por despido unilateral y sin justa causa.

Ahora bien, el estatuto de trabajadores oficiales, establece, entre otras causales de terminación del contrato de trabajo, la expiración del plazo presuntivo (47-a Dcto 2127 de 1945).

Sobre ese mismo particular, rezan los artículos 40 y 43 que: *el “contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales”.*

Por su lado dispone la última norma que:

*“Artículo 43. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo”.*

A su turno el artículo 51 del decreto 2127 de 1945, disciplina *que “la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar”.*

Naturalmente, que el último contrato de trabajo, al haber empezado el 30 de marzo de 2009, se entiende pactado hasta el 29 de septiembre del mismo año, y prorrogado sucesivamente por 6 meses hasta el 29 de marzo 2013; siendo terminado abruptamente por el empleador el 20 de diciembre de 2012, como quiera que no es de recibo, que la misma se justificara en el hecho de no haberse aprobado el examen o prueba para continuar en el Instituto, cual lo refiere el declarante Ezequiel de Jesús Molina Herrera, por no estar consagrada legalmente, de ahí que sale avante esta reclamación; por tanto, el valor de la indemnización por despido injusto es de ***$4´166.600*** la cual se liquidó con un salario diario de $41.666 correspondiente al devengado en el año 2012.

***3.2. Indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:*** Es menester señalar que la protección al trabajador o trabajadora con limitación física, mental o sensorial, deriva tanto de la Constitución Política, como del postulado plasmado en la ley 361 de 1997, art. 26, que prohíbe la cesación del contrato de trabajo movido por tales limitaciones, cuando no se acude a la autorización del funcionario del trabajo competente. La corte Constitucional ha reconocido en la norma un evento de ineficacia de la terminación o despido, por lo que ello debe entenderse integrado a la disposición en comento.

En el *sub-examine,* milita la historia laboral arrimada junto con la demanda, la cual da cuenta que la demandante acudió a la consulta médica el 1º de agosto de 2012 por *“Luxación Meniscal Aguda con Otalgia Izquierda”,* indicándose en esa oportunidad, *“paciente con lesión de tipo laboral por instrumento de viento”* prescribiéndosele medicamentos para el dolor y controles, los mismos que se cumplieron el 13 de agosto siguiente, 26 de septiembre y el 11 de marzo de 2013, con los exámenes que diagnosticaron *“Macroprolactinoma* –Tumor Hipofisario- *y Disfusión severa ATM”* –Articulación Temporomandibular-*,* además de *“Subluxación anterolateral de ambos discos articulares. Limitación para la traslación condilar durante apertura bucal”*, siendo remitida a Sicología.

Así las cosas, dadas las especiales circunstancias de las dolencias de la actora a la finalización del vínculo laboral, las cuales pese haber sido diagnosticadas, meses después de la terminación, y que sus primeros hallazgos presentados desde agosto de 2012, en plena vigencia contractual, no milita que hubieran sido conocidas por la demandada, inexorablemente habrá de concluirse, no obstante lo dicho, que la finalización del nexo contractual obedeció a la discapacidad que la demandante padecía en el momento en que se le sometió a la prueba en orden a determinar su continuidad o no, en la institución.

En efecto tal examen o prueba consistía en la manipulación del instrumento musical de viento, en orden a medir el nivel musical de la contratista, cual lo refieren las versiones testimoniales.

Obviamente, ello imponía el contacto del instrumento con los labios de la actora, zona afectada por la enfermedad que venía padeciendo meses atrás. De tal suerte, que la prueba no le iba a resultar satisfactoria, en orden a superarla, como en efecto ocurrió, por ende, el sometimiento a una prueba, que como contratista no tenía por qué haber sido sometida para la continuidad del contrato, y como trabajadora dependiente, no estaba erigida como causal de terminación, o de justa causa para el despido, por el estatuto legal de los trabajadores oficiales, constituyó a su vez, en un impedimento o limitación física, la cual fue tomada en cuenta por la empleadora directa o indirectamente, para dar por concluida la relación laboral.

En consecuencia, se condenará a la demandada, al reconocimiento previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por valor de 180 días, a saber: ***$7´500.000.***

***3.3. Licencia de maternidad:*** Reclama la actora el reconocimiento y pago de esta prestación económica por parte del Instituto accionado, sin embargo, dicho rubro está a cargo de la Entidad Promotora de Salud a la cual se esté afiliada, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 047 de 2000 y el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999.

Así las cosas, resulta claro que la condena que se peticiona en contra de la entidad demandada, por concepto de licencia de maternidad, no tiene vocación de ventura.

 ***3.4. Pago de aportes a la Seguridad Social:*** Como quiera que la solicitud se encamina a que se sufragen los aportes de la seguridad social, cuando la verdad es que la actora estuvo afiliada durante la vigencia del contrato de trabajo, no podría, entonces, accederse a una nueva afiliación, que entraña el pedimento de la actora.

 Ahora si se entendiera la solicitud, como un reconocimiento a la demandante, de la parte que le correspondía en la cotización a la empleadora, al revisar la actuación, se observa que con la demanda se allegó la Planilla Asistida del ciclo de octubre de 2012 (fls. 83 y 84), echándose de menos los comprobantes de pago de los demás períodos cotizados, situación que imposibilita determinar a ciencia cierta, las cantidades que debían ser compensadas por el Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo por cada concepto.

 De modo que, ante el incumplimiento parcial de la carga probatoria por parte de la demandante, se condenará a pagar a la entidad demandada, la suma de $68.025 por concepto de pensión y $60.265 por salud.

***3.5. Indemnización moratoria.*** Unánime es el criterio jurisprudencial, en torno que la misma no es inexorable ni automática, en la medida de que al finalizar el vínculo laboral, sin que al trabajador se le haya satisfecho en todo o en parte, sus salarios o prestaciones sociales, no es suficiente para imponer dicha sanción la existencia de la deuda a cargo del empleador, sino que se precisa el análisis de su componente subjetivo, en orden a auscultar en la conducta del obligado, las razones que lo impulsaron a no cancelar tales salarios o prestaciones sociales, y si las mismas son atendibles por estar revestidas de buena fe, procederá la exoneración de la condena.

También ha decantado la jurisprudencia patria, que la negación de la existencia del vínculo laboral, no es motivo suficiente para negar la indemnización moratoria, así como tampoco la aceptación del mismo, entraña sin más tal condena, por eso es necesario sopesar la conducta del deudor en cada caso, en orden a dilucidar la manera como la buena fe patronal fue determinante en la posición omisa a la finalización del vínculo laboral

 En el *sub-lite,* no avizora la Sala que la celebración en apariencia de los referidos contratos de prestación de servicios, constituyan pilar firme para edificar sobre los mismos el convencimiento patronal de no encontrarse frente a un contrato de trabajo, dado que lo que se dilucidó fue por contraste, como un medio para ocultar el genuino contrato de trabajo, que subyacía en la ejecución de la relación, destinado a crear una nómina paralela, entre los músicos que estaban adscritos al personal del planta en funciones similares a las desarrolladas por la actora, con la de los músicos vinculados por supuestos contratos administrativos de prestación de servicios, como fue el caso de Paula Andrea Sánchez Tapasco.

Así las cosas, se condenará a la demandada a cancelar a la señora Paula Andrea Sánchez Tapasco, la indemnización moratoria de que trata el art. 1º del decreto 797 de 1949, respetando el período de gracia de 90 días a partir de la finalización del vínculo laboral, el cual se cumplía el 20 de marzo de 2013, en cuantía de $41.666 diarios.

***4. Liquidaciones.***

 Primeramente habrá de determinarse los salarios devengados por Paula Andrea Sánchez Tapasco, advirtiéndose que las cifras indicadas en la demanda, no guardan concordancia con lo pactado en los contratos de prestación de servicios que reposan en el plenario, aunado a que ninguno de los deponentes indicó de forma clara y precisa, el valor de cada emolumento mensual que recibía la demandante, salvo Diana Carolina Valencia Rincón e Ignacio Antonio Ríos Torres, quienes afirmaron que al final de la relación laboral, aquella recibía $1´100.000 o 1´200.000, suma que resulta ser cercana a la consignada en los dos últimos contratos suscritos (2011 y 2012), dentro de los que se hizo alusión a que la demandante fungiría como talleristas y coordinadora de los demás talleristas.

 Igualmente, abonó Ezequiel de Jesús Molina Gallego, que el cargo de Coordinadora que ostento la actora, tuvo lugar únicamente durante los dos últimos años en que aquella prestó sus servicios en favor del Instituto demandado, situación que claramente se refleja en el monto pactado para las calendas de 2011 y 2012.

 Así pues, se tendrá como salarios para los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, las siguientes sumas: $997.500; $527.344; $666.618; $931.736, $826.345; $1´020.000 y $1´250.000, respectivamente, atendiendo el hecho de que si bien el salario para el año 2012, según las probanzas obrantes en el plenario, ascendía a $1´254.661, dicha cifra resulta ser superior a la indicada por la actora en los fundamentos fácticos de la demanda (h. 36 fl. 5).

 De suerte que, procederá a continuación la Sala a efectuar las liquidaciones respectivas.

 ***4.1. Cesantías:*** De acuerdo con lo que establece el artículo 4º del Decreto 1919 de 2002 y los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 6º del Decreto 1160 de 1947 y 13 de la Ley 344 de 1996; así como el artículo 17, literal a), de la Ley 6ª de 1945, tiene derecho la demandante a percibir por esta prestación la suma de ***$4´391.713.***

 ***4.2. Intereses a las cesantías:*** No hay lugar a emitir condena por este concepto, por no estar prevista en favor de los trabajadores oficiales, calidad que fue la que ostentó la demandante durante todo el tiempo laborado en favor del Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo.

 Igual suerte, corre la sanción por este rubro.

 ***4.3. Prima de servicios:*** Este rubro tampoco está consagrado para los trabajadores oficiales del orden municipal, dado que si bien el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 contempla el pago de una prima de servicio anual, no es menos cierto que conforme al artículo 1º del mencionado decreto, el mismo rige para : *“los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante”,* razón por la cual, se exonerará a la entidad demandada por este concepto.

  ***4.4. Vacaciones en dinero:*** De acuerdo con lo señalado en los artículos 8º del Decreto 3135 de 1968, y 47 y 48 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, tiene derecho la señora Paula Andrea Sánchez Tapasco, a que se le reconozca la suma de ***$2´195.857***.

***4.5. Indemnizaciones por la no consignación de las mismas a un fondo privado:*** En cuanto a la sanción por la no consignación de las cesantías, a la luz del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, resulta menester traer a colación la sentencia del 7 de noviembre de 2012, Radicación 39533 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se indicó que dicho articulado:

*“(…) regula el pago de las cesantías de los trabajadores particulares y, por lo mismo, no puede cobijar las condiciones de la actora, debido a su condición de servidora pública. La Corte ha defendido la inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a trabajadores oficiales, en decisiones como la del 26 de julio de 2007, Rad. 27283”*

*(…)*

*Por otra parte, en la sentencia del 6 de julio de 2006, Rad. 27277 (…) Dijo la Corte:*

*““Por tanto, la consecuencia obligada es la de no poderse aplicar el Código Sustantivo del Trabajo a la actora. Por consiguiente no resulta de recibo el argumento del recurrente, relacionado con la petición de indemnización moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, porque éste precepto regula la situación de trabajadores particulares, categoría que no corresponde a la accionante, quien, como ya se vio, era trabajadora oficial de la entidad demandada””.*

 De tal suerte, que tampoco se accederá a la sanción por la no consignación de las cesantías.

 ***5.*** ***Conclusión.***

 Dadas las resultas del proceso, se revocará la sentencia de primer grado. Costas a cargo de la demandada, en ambas instancias. Se fijan como agencias en derecho, la suma de ***$1´288.700.***

 En mérito de lo expuesto, ***la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Pereira,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

***FALLA***

***Revoca*** la sentencia proferida el 19 de agosto de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso ordinario laboral iniciado por ***Paula Andrea Sánchez Tapasco*** contra el ***Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo.*** En su lugar:

***Primero: Declara*** la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre ***Paula Andrea Sánchez Tapasco*** y el ***Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo,*** durante los siguientes lapsos: ***i)*** del 25 de enero al 24 de mayo de 2006; ***ii)***20 de febrero al 5 de noviembre de 2007; ***iii)***del 19 de mayo al 19 de agosto de 2008; ***iv)***del 29 de septiembre al 29 de diciembre de 2008 y ***v)*** del 30 de marzo de 2009 al 20 de diciembre de 2012.

***Segundo: Condena*** al ***Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo*** a reconocer y pagar en pro de ***Paula Andrea Sánchez Tapasco*** los rubros y las sumas que a continuación se relacionan:

Cesantías: $4´391.713

Vacaciones: $2´195.857.

Devolución de aportes a la seguridad social: $128.290.

Indemnización por despido sin justa causa: $4´166.600.

Indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997: $7´500.000.

Indemnización moratoria: $41.666 diarios a partir del 20 de marzo de 2013 y hasta que se haga efectiva la obligación.

***Tercero: Absuelve*** *por los demás rubros incoados.*

***Cuarto: Condena*** costas de ambas de instancia a la parte demandada, en pro de la demandante. Se fijan como agencias en derecho, la suma de $1´288.700, distribuido por iguales partes.

Notificación surtida ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria

**ANEXO No. 1**

**LIQUIDACIONES**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **PERÍODOS** | **SALARIO** | **CESANTÍAS** | **VACACIONES** |
| 25-Ene-2006 a 24-May-2006 | $997.500 | $332.500 | $166.250 |
| 20-Feb-2007 a 5-Nov-2007 | $527.344 | $375.000 | $187.500 |
| 19-May-2008 a 19-Ago-2008 | $666.618 | $168.506 | $84.253 |
| 29-Sep-2008 a 29-Dic-2008 | $666.618 | $168.506 | $84.253 |
| 30-Mar-2009 a 18-Dic-2009 | $931.736 | $670.332 | $335.166 |
| 28-Ene-2010 a 30-Dic-2010 | $826.345 | $764.369 | $382.185 |
| 15-Feb-2011 a 14-Dic-2011 | $1´020.000 | $850.000 | $425.000 |
| 15-Feb-2012 a 20-Dic-2012 | $1´250.000 | $1´062.500 | $531.250 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **AÑO** | **CESANTÍAS** | **VACACIONES** |
| 2006 | $332.500 | $166.250 |
| 2007 | $375.000 | $187.500 |
| 2008 | $337.012 | $168.506 |
| 2009 | $670.332 | $335.166 |
| 2010 | $764.369 | $382.185 |
| 2011 | $850.000 | $425.000 |
| 2012 | $1´062.500 | $531.250 |
| **TOTAL** | **$4´391.713** | **$2´195.857** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado