

FUERO-REINTEGRO: WILLIAM CARDOZO MONDRAGON C/: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE 'HUV'
INTEGRADO A LITIS: ASCIVAL
Radicación N°76-001-31-05-016-2015-0415-03 Juez 16° Laboral del Circuito de Cali

Motivo: Absolutorio. Apela el demandante.

Temática: En fuero sindical de directivo vicepresidente Junta Directiva, se estudia la prueba de la relación laboral en los supuestos sustanciales del derecho al reintegro

Santiago de Cali, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021), hora 03:00 p.m.

ACTA No.015

El ponente, magistrado **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 <art.215, C.P.Co.; Decretos 417 y 637 del 17 de marzo, 06 de mayo de 2020, 491, 564, 806, 990, 1076 de 2020 y 206 del 26 de febrero de 2021, 039 de enero 14 y 206 de febrero 26 de 2021 y demás decretos de pandemia>, conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491, 564 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, Decreto 039 de 14-01-2021 y Acuerdos 11567-CSJ del 05 de junio de 2020, 11581, CSJVAA20-43 de junio 22, 11623 de agos-28 de 2020, PCSJA20-11632 de 2020, CSJVAA21-31 del 15 de abril de 2021 y demás reglas procedimentales de justicia digital en pandemia, procede dentro del proceso de la referencia a hacer la **notificación, publicidad virtual y remisión** al enlace de la Rama Judicial link de **sentencia escritural virtual del Despacho**,

SENTENCIA No. 1923

El cirujano pediatra **WILLIAM CARDOZO MONDRAGON**, C.C. No. 16.616.977, instaura demanda especial de fuero sindical en acción de reintegro contra **la empresa HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA E.S.E. 'HUV'** <y **la ASOCIACION SINDICAL DE CIRUJANOS DEL VALLE -ASCIVAL ORGANIZACIÓN GREMIAL**> para que, previa declaración que entre HUV y el actor se configuró, en virtud de la primacía de la realidad, relación laboral que se inició el 01 de mayo de 2012, que le asiste derecho al fuero sindical, por ser vicepresidente de la agremiación sindical ASCIVAL, predicable frente al HUV, por haber sido despedido sin previo proceso de levantamiento de fuero sindical, resulta ineficaz a partir del 09 de marzo de 2015, en consecuencia, se le condene a REINTEGRAR, sin solución de continuidad, al cargo de cirujano pediatra a partir de esa data, se le condene a pagar los salarios -\$12.206.451 mensuales- dejados de percibir, desde entonces hasta el reintegro junto con las prestaciones sociales, de las vacaciones generadas,

... con base en hechos, pretensiones, pruebas, oposiciones, alegaciones y excepciones suficientemente conocidos y debatidos por las partes de la relación sustancial de derecho sindical, individual, fuero, civil y comercial y de la relación jurídico procesal en este juicio, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de la absolución <Sent.# 122 del 29 de mayo de 2019, 1. Declarar probadas las excepciones de cobro de lo no debido,

carencia del derecho, inexistencia de la obligación, prescripción, innominada carencia de legitimación en la cuas y buena fe del HUV. Se NIEGAN las pretensiones contra HUV... ; 2. Costas...> y de la apelación del actor.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISION DE II INSTANCIA:

I.- APELACION ACTOR: ... EL DEC 1429 DE 2010, POR CADA CONTRATO SINDICAL UN REGLAMENTO,... DICHO REGLAMENTO ES OPONIBLE A ASCIVAL Y HUV... EL DESCONOCIMIENTO DE CAUSALES... CONLLEVA A DESCONOCIMIENTO DEL CONTRATO SINDICAL... OTRA RELACION QUE ES DE INDOLE LABORAL... INDICO HAROL BOTERO QUE ERAN SERVICIOS MISIONALES... NO SON TRANSITORIAS... EL REGLAMENTO C-013 DE 2015 en el ULTIMO PERIODO DISPONE PROCEDIMIENTO PARA LA DESVINCULACION DE LOS AGREMIADOS... DEBIDO PROCESO AL ACTOR... ESTE PROCEDIMIENTO FUE AUSENTE... BOTERO INDICA QUE HABÍA AUTONOMIA A NEGARSE POR TURNOS... ESOS TURNOS ERAN POR NECESIDAD Y QUE EL ACTOR NUNCA SE NEGÓ... ESCRITO QUE EN HUV HUBO TRAUMATISMOS POR DESVINCULACIÓN DE ACTOR ... ART.19 REGLAMENTO... RELACION ENTRE HUV Y ACTOR... FUERO SINDICAL OPONIBLE AL HUBO REALIDAD DE LOS HECHOS... C—017 DE 2012 CCN FUNDAMENTOS DD... CONFLUYEN TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS, DESDE 1992 A TRAVES DE DISTINTAS MODALIDADES CTA Y ASOCIACION SINDICAL, HA LABORADO CON HUV, FUNCIONES CON FIN SOCIAL, EL HUV RECOMENDÓ LA CONSTITUCION DE ORGANIZACIÓN SINDICAL PARA TENER TRABAJO CON HUV... ARTIMAÑA O FACHADA ASCIVAL PARA REEMPLAZAR COOPERATIVAS... CTA... UNIDAD DE LABOR ENTRE ACTOR Y HUV... CONCEDE APELACIÓN...

SENTENCIA DE INSTANCIA # 122 DEL 29 DE MAYO DE 2019... PROBLEMA JURIDICO SI EL ACTOR PERTENECE A ASCIVAL TIENE DERECHO A SER REINTEGRADO A HUV QUE CONTRATO CON ASCIVAL... FUERO ART.405,CST., ...406 IB. ... 482 IB. ... SINDICATOS PARTICIPAR EN LA GESTION DE EMPRESAS... CELEBRACION DE CONVENIOS Y CONTRATOS SINDICALES... CSJL Y CON ... CONTRATO CIVIL PREDOMINA C457 DE 2011, SL13DIC-1994, C-220 DE 2012... EL FUERO ES GARANTÍA ... DIRECTIVAS DE SINDICAS; T-303DE 2011 DIFERENCIAS CON CONTRA INDIV DE TRABAJO, DEC1429 DE 2010, REGLAMENTO POR CADA CONTRATO... TODOS ESTÁN AL MISMO NIVEL EN CSINDICAL, SE ASEMEJAN EN QUE LA REVISIÓN, DURACION Y EXTINCION POR CON LAB., ... CONTRATO REALIDAD ART.23CST, CONCURRAN 3 ELEMENTOS PERSONAL, SUBORDINACIÓN... REMUNERACIÓN... CASO CONCRETO: DOCS. REGISTRO INSCRIP ASCIVAL, DEPOSITO, ESTATUTOS, F.22 Y24 A 26, DESIGNACION DEL ACTOR COMO VICEPRESIDENTE... F.73 RECLAMACION ADV AF.77, CONTRATOS DE PRESTACION ASCIVAL Y HUV, PAGOS AL ACTOR, CORREOS ACTOR CON HUV... CAMBIO DE TURNO... PEDIDO EXPLICACION DE NO TURNOS... / AUTENTICOS NO TACHADOS NI DESCONOCIDOS... SINDICATO ASCIVAL... CONTRATO CON HUV AR482CST... CIRUJANO... **DOCS POR SÍ SOLO NO SE INFIERE RELACION LABORAL...** TUVO VERDADERA RELACION CON ACTOR... TESTIMONIO RPL ASCIVAL... DICE... NADA NUEVO A PRUEBAS... ORDENES DEL COORDINADOR DEL HUV AL COORDINADOR DE ASCIVAL... NO HUBO JUSTA CAUSA... DE ESA DECLARACION SE ENTIENDE QUE ES ASCIVAL QUIEN DESIGNA QUIENES PRESTAN SERVICIOS... AUTONOMIA DE ASCIVAL... NO INGERENCIA DEL HUV QUE EL ACTOR NO TRABAJARA Y TUVO QUE SUGERIRLE PARA TOMA DE DECISION... CON **LAS PRUEBAS NO SE ACREDITA DE LA PRESTACION Y SUBORDINACION**... NO SE TIENE POR ESTABLECIDA LA MISMA... NO DERECHO A REINTEGRO NI A PRESTACIONES POR NO PROBAR PRESTACION Y SUBORDINACION CON HUV... SE DENEGARAN LAS PRETENSIONES Y SALEN AVANTES EXCEPCIONES DE HUV... ACTA...

Ante previos dos recursos de apelación de sendos autos, durante el decurso del proceso, sobre que se trataba de un proceso especial de fuero sindical -en la modalidad de reintegro- y que si es cuerda de este proceso definir si hay relación laboral por aplicación de la teoría realidad de los hechos, el Juzgado 16º Laboral del Circuito de Cali, por falta de prueba fehaciente de la existencia de una relación laboral de trabajo entre el demandante y la empresa oficial HUV, no halló elementos para tal declaratoria y no superó los requisitos y elementos del contrato sindical como tampoco para llegar conforme a la naturaleza y finalidad que tiene el proceso Especial de Fuero Sindical, implícitamente no hay lugar a éste, por lo que absolvió a la parte demandada.

PRELIMINARES: INTERVINIENTES

I.- RAZON DE LAS CRISIS CONSTANTES DEL HUV EN LO CORRIDO DEL SIGLO XXI

En una breve y rápida retrospectiva, como necesaria referencia a lo sociológico e histórico¹, convertido en mito cultural como infraestructura catalogada como patrimonio histórico y

¹ “2. Caracterización e Historia de la Organización El Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E., se encuentra ubicado en la súper manzana del Barrio San Fernando de la Ciudad de Santiago de Cali, con un área de 76.000 metros cuadrados de extensión y aproximadamente 52.000 metros cuadrados construidos. Consta de una infraestructura catalogada como patrimonio histórico y cultural, monumento nacional a la

cultural, monumento nacional a la Asistencia Médica de niveles III y IV de complejidad, del por qué el HUV se vio abocado a proceso de reestructuración de sus deudas con terceros en escenario de Ley 550 de 1999², que involucró el factor humano interno, como una empresa de lo público en salud. Comenzando que hay dos modelos, uno las organizaciones privadas con la gerencia privada que se define como “el arte de hacer que las cosas se hagan aplicando los principios de eficiencia, eficacia y efectividad, para maximizar las utilidades al propietario de la empresa” con el máximo de rendimientos de los recursos, tanto humano como de capital,

Asistencia Médica de niveles III y IV, que tuvo una planificación inicial conceptualizada para su crecimiento y evolución continua. El nombre de la Institución fue asignado por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, mediante la Ordenanza 58 del 25 de junio de 1942, como un homenaje a la memoria del eminente científico caleño Evaristo García Piedrahita (1845-1921), médico egresado de la Universidad Nacional, quien brindó invaluable servicios a la comunidad a través de los diferentes cargos que ocupó dentro de la administración pública. El HUV inicia su construcción en el año 1.936 bajo la dirección de la firma constructora Guillermo Garrido Tovar, en terrenos del Municipio de Santiago de Cali, que cede en propiedad al Departamento del Valle del Cauca. Dicha obra se terminó en 1940 por el Arquitecto Hernando Vargas Rubiano. Desde el año 1948 el Ministerio de Justicia le asignó, mediante personería jurídica, la función de ser el hospital docente de la Universidad del Valle. Abrió las puertas a la comunidad en el año de 1956, con autonomía jurídica y administrativa para cumplir los objetivos de atención médica y hospitalaria, convirtiéndose en el sitio obligado de consulta de todos los habitantes del Suroccidente Colombiano, dado que se consideraba el único centro en la atención de emergencias de la Región. En el año 1960, el hospital contaba con un mediano servicio de urgencias, atención ambulatoria en varias especialidades quirúrgicas, con seis salas de operaciones completamente dotadas y un excelente equipo humano que brindaba una adecuada atención a los enfermos. Aun así, fue necesario impulsar y adelantar más planes de ampliación para distintas áreas, como lo fueron el complejo quirúrgico, el área de urgencias, las unidades de cuidados intensivos y la unidad básica de atención. En 1973 empieza la ampliación de los diferentes servicios cuya capacidad física era insuficiente. En la década de los 90, se desarrollaron un total de 63 proyectos de modernización física y tecnológica, con el apoyo del Ministerio de Salud, el Departamento del Valle del Cauca y la Secretaría de Salud. El Hospital Universitario del Valle “Evaristo García” se transforma en Empresa Social del Estado, en cumplimiento al artículo 194 y 197 de la Ley 100 de 1993 mediante el Decreto Departamental N°1807 del 7 de noviembre de 1995. Se entiende así como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Departamental adscrita a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca e integrante del Sistema General de Seguridad Social en Salud y sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo III, artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Cuenta con patrimonio propio, autonomía administrativa y presupuestal, cuya Junta Directiva está presidida por el Gobernador de turno.”

< ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA DEL COMPONENTE HUMANO DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA” E.S.E. EN LA SITUACIÓN FINANCIERA QUE MOTIVÓ EL SOMETIMIENTO A LA LEY 550 DE 1999, de Luz Ángela Espinosa Perilla Universidad del Valle Facultad de Ciencias de la Administración Maestría en Administración Santiago de Cali, febrero de 2019>

² Ley 550 de 1999, Establece reglas para promover la reactivación empresarial y reestructuración de empresas que funcionen en el territorio nacional. Determina la forma, procedimiento, y requisitos para realizar acuerdos de reestructuración e indica que en caso de no llevarse estos a cabo se realizará un trámite concordatario, por parte de la autoridad competente. Art. 27. Señala las reglas para efectuar el trámite concordatario en estas entidades, los procesos concordatarios en trámite, determinación de acreencias y acreedores y vigencia. Art. 54 a 70

y otro las organizaciones públicas con la gerencia pública, que se define como *“el arte de hacer que las cosas se hagan aplicando los principios de eficiencia, eficacia y efectividad para maximizar la satisfacción de las necesidades de la comunidad”* (Cerón, 2013) y en cuestiones sanitarias, optimizando la salud integral para la comunidad y a sabiendas de las limitaciones de los recursos de capital, pero con un recurso humano de máxima calidad. En ambos tipos de gerencia, las personas son factor determinante de las organizaciones.

En tal sentido, debe haber una reciprocidad entre las personas y la organización, en tanto la organización necesita de las personas, pero también las personas necesitan de la organización.

Dice Chiavenato (2007) que *“las organizaciones se diseñan y se administran de acuerdo con las teorías dominantes, con el empleo de varios principios y suposiciones que determinan la manera en que sus recursos son administrados. La aplicación de esos principios y presuposiciones determina los condicionamientos para el comportamiento humano que debe imperar en las organizaciones.”* En el caso del tipo de empresas como el HUV que tiene el carácter de empresa pública y su objeto misional también es público, dos enfoques teóricos son relevantes: por una parte la Burocracia que predominó en la Administración de lo Público gran parte del Siglo XX y el Enfoque Gerencial que se introdujo en los años ochenta y que presenta dos subenfoques, si se quiere, el de finales del siglo y el de comienzos del siglo XXI que se les conoce como la Nueva Gestión Pública (NGP) y la Post-Nueva Gestión Pública (Post-NGP). Por su parte dice Graham (1984) que *“...las personas empleadas en una organización constituyen un recurso que debe utilizarse al máximo, de la misma forma que los recursos financieros o materiales deben administrarse para producir el mayor beneficio posible”* y que los gerentes de personal deben *“saber cómo seleccionar el hombre adecuado para un trabajo, cómo valorar y entrenar a sus subordinados y como motivarles para que sean eficientes”*. Y así mismo en el caso de los servidores públicos, el Modelo Integrado de Planificación Gestión (MIPG) adoptado por la Administración Pública en 2012 y reformado en 2017, señala que el MIPG *“concibe al talento humano como el activo más importante con el que cuentan las entidades y, por lo tanto, como el gran factor crítico de éxito que les facilita la gestión y el logro de sus objetivos y resultados. El talento humano, es decir, todas las personas que laboran en la administración pública, en el marco de los valores del servicio público, contribuyen con su trabajo, dedicación y esfuerzo al cumplimiento de la misión estatal, a garantizar los derechos y a responder las demandas de los ciudadanos.”* (DAFP. Manual Operativo del MIPG, 2017).

La Administración Pública ha tenido cambios durante el siglo XX. Desde el comienzo del siglo imperó la Administración Pública de tipo burocrático con el llamado Modelo Progresista de Gestión Pública; al finalizar el siglo se impuso la Nueva Gestión Pública (NGP) de tipo gerencial y en el segundo decenio del siglo XXI está desarrollándose la Post Nueva Gestión Pública (Post-NGP) que también aplica el modelo gerencial pero con algunos ajustes respecto al primero. Dice Hood (1991) que, para finales del siglo XX, *“En muchos de los países de la OCDE, la «era progresista» de la administración pública (APP) parecía caminar*

claramente hacia la tumba de los «dinosaurios». Su lugar venía a ser ocupado por un grupo de doctrinas nuevas, aparentemente relacionadas entre sí, presentadas como un movimiento para la «racionalización económica» y etiquetado como la «Nueva Gestión Pública» (NGP)". Para caracterizar este nuevo enfoque de administración, Hood señala "A pesar de que las interpretaciones de los autores difieren en los detalles, hay muchas similitudes en sus descripciones de lo que implica la NGP. Los temas comunes son la idea de un cambio en el énfasis de la elaboración de políticas a las habilidades de gestión en los núcleos superiores de las organizaciones del sector público, un cambio en las jerarquías ordenadas a una base más competitiva para prestar los servicios públicos, de un mecanismo fijo a un sistema variable en las retribuciones por el trabajo, y de un servicio público uniforme e inclusivo a una estructura variable con un mayor énfasis en la provisión por contratos". En otras palabras, la Administración Pública adoptó el paradigma que por muchos años utilizó la Administración Privada. Agrega Hood que la otra fuente de la NGP fue "las sucesivas olas de gerencialismo basadas en el modelo empresarial que han barrido sucesivamente el sector público". Y complementa diciendo que "parece que se han mezclado muchas tendencias gerencialistas diferentes, incluso contradictorias entre ellas. Desde la perspectiva gerencialista, los nuevos principios de la buena gestión estaban pensados para ser transportados a cualquier tipo de organización, a arenas políticas y a la división público/privado". La gestión es observada como una función de importancia capital, por encima de los conocimientos especializados o técnicos del sector público y donde los gerentes necesitan poderes discrecionales para conseguir resultados. Ya en el segundo decenio del presente siglo, autores como Christensen (2007) vienen presentando un nuevo enfoque que se la denominado Post-NGP conocido en Europa como "Totalidad del Gobierno" o como "Gobierno Conjunto" y que se basa en una crítica que se le hace a la NGP por permitir la aparición de fallas en la racionalidad del mercado y también por la imposibilidad de solucionar grandes problemas sociales. Sobre esto, dice el autor que "se emprendió una segunda generación de reformas inicialmente denominadas "gobierno conjunto" GC, "joined-up government" y conocidas más tarde como "totalidad del gobierno" TG, "whole-of-government". Este enfoque pretendía poner en práctica una estrategia más holística utilizando, además de la economía, conocimientos de las demás ciencias sociales". Lo fundamental es considerar los dos tipos de administración pública: por una parte, el Modelo Burocrático basado en la teoría de Max Weber y por la otra el Modelo Gerencial basado en el paradigma privado y que se introdujo conjuntamente con el cambio del tipo de Estado, pasando del Estado del Bienestar soportado en los conceptos keynesianos de Estado Interventor-Benefactor, al tipo de Estado Social de Derecho. Hoy el Modelo Gerencial está asociado al Estado Social de Derecho.

Con el cambio en los modelos de gestión pública, por supuesto, cambió el enfoque conceptual sobre la gestión humana, que en época de la burocracia se fundamentaba en el cumplimiento de las funciones del cargo y en época del Estado postmoderno se fundamenta en la generación de resultados. No obstante, los dos enfoques del tipo de administración pública, el importante papel de los recursos humanos para el éxito de la organización es igualmente reconocido. Lo que cambia, según se deduce de los

planteamientos expuestos en uno y otro lugar, es la manera de tratar el recurso o lo que es lo mismo, los aspectos relevantes de la Administración del Talento Humano. Al fin y al cabo, aunque el enfoque organizacional y operativo cambie, los seres humanos siguen siendo igualmente importantes en sus componentes físicos, psicológicos e intelectuales.

La administración del talento humano es compleja y encierra diversos aspectos. Dice Chiavenato (2007) que *“No existen leyes o principios universales para la administración de recursos humanos. La Administración de los Recursos Humanos es situacional, es decir, depende de la situación organizacional: del ambiente, la tecnología empleada en la organización, las políticas y directrices vigentes, la filosofía administrativa preponderante, de la concepción que se tenga en la organización acerca del hombre y de su naturaleza y, sobre todo, de la cantidad y calidad de recursos humanos disponibles.”* Agrega que la administración de este componente organizacional contiene cinco (5) procesos básicos: 1) Integración o vinculación a la empresa, 2) organización dentro de la empresa, 3) retención o conservación de las personas ya vinculadas, 4) desarrollo o preparación y mejoramiento del talento humano y 5) auditoría o verificación de lo que hacen y cómo lo hacen.

Rescatamos el proceso 3) para la retención del personal mejor calificado, basado que para todas las partes es una buena negociación: Una situación especial se refiere a las negociaciones con los sindicatos, ya que en el caso del HUV, existen cuatro organizaciones de este tipo<para 2016> y en la opinión pública existen posturas algunas a favor y otras en contra de los mismos. Al respecto dice Chiavenato que *“negociación es el proceso de búsqueda de la aceptación de ideas, propósitos o intereses, con la intención de alcanzar el mejor resultado posible, de modo que las partes implicadas terminen la negociación consciente de que fueron escuchadas, de que tuvieron la oportunidad de presentar todas sus argumentaciones y de que la suma de las contribuciones individuales dará un total mayor que cualquiera de las partes”<es lo que establece la diferencia entre ser escuchado, pero ignorada la buena proposición del sector trabajador, agregamos>.* Esta definición incluye conceptos como proceso, consenso y sinergia. El proceso de negociación requiere de las habilidades para la toma de decisiones, la comunicación, la motivación, la administración de conflictos y la reunión. De este modo, la capacitación para saber negociar es un camino para consolidar las habilidades básicas de un administrador”.< Tesis de grado, ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA DEL COMPONENTE HUMANO DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA” E.S.E. EN LA SITUACIÓN FINANCIERA QUE MOTIVÓ EL SOMETIMIENTO A LA LEY 550 DE 1999, de Luz Ángela Espinosa Perilla, Universidad del Valle Facultad de Ciencias de la Administración, Maestría en Administración, Santiago de Cali, febrero de 2019, de la cual hemos tomado las ideas hasta aquí vertidas>.

La conclusión de los académicos, en el proceso de implementación de la reestructuración de la deuda y organización empresarial de Ley 550 de 1999, es que institucionalmente el factor humano fue el que resultó más reestructurado, que el mismo proceso de endeudamiento, porque para apaliar la lucha entre 4 fuertes sindicatos y HUV, se redujo fuertemente la planta de personal en el sector de trabajadores oficiales - prácticamente desplazado-, los empleados públicos de carrera se redujo al medio millar por exceso, y se fomentaron todas las formas de tercerización para reemplazar la inmensa mayoría de servidores hospitalarios, proceso que comenzó desde la expedición

del decreto 1429 de 2010 y el Decreto Reglamentario 2025 de 2011<que exigía abiertamente el Director del HUV JAIME RUBIANO a los distintos sectores de empleados - enfermeras, especialistas en cirugía general, cirugía pediátrica, anesthesiólogos, etc., sin importar la antigüedad en la institución y es hecho 4. afirmado en demanda, f.3, no desvirtuado y eludido en contestación,f.434 y *aceptado por ASCIVAL al contestarlo,f.451,c-2*>- que si querían tener trabajo en las instalaciones del HUV debían constituirse en agremiaciones sindicales para que pudieran contratar éstas con el HUV, eliminando prácticamente la contratación individual de nuevo personal.

1.1.- NATURALEZA JURIDICA DEL HUV ESE, transformado conforme al art.194,Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios 1807 de noviembre 07 de 1995 , 1876 de 1997 en Empresa Social Del Estado “E.S.E.”, la empresa social del estado se constituye en una categoría pública especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creada y reorganizada por ley, o por la Asamblea departamental o por consejo distrital, según el nivel del Estado a que pertenezca<n>; su objeto consiste en la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o las entidades territoriales, como parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud de la Ley 100 de 1993; el art.115,ib., establece que su régimen jurídico <num.6,: en materia contractual se regirá por el derecho privado , pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas por el estatuto general de contratación de la administración pública>, conforme según sus Estatutos Internos de Contratación <creado por la Junta Directiva del HUV>, según Acuerdo 07 de 1997 y Decreto 591 de 1991 <art.44, num.3>, reglamentado en art.16, Decreto 1876 de 1994, aclarado por Decreto 1621 de 1995 y en art.2,Acuerdo 007 de junio 03 de 2014;

El HUV, en particular, según Decreto Departamental 1807 de 07 noviembre de 1996, el Hospital es una entidad pública descentralizada del Departamento, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, sometida al régimen del Cap. III, arts. 194,195 y 197, Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, por el derecho privado en lo que se refiere a contratación. En razón de su autonomía, la entidad se organizará, gobernará y establecerá sus normas y reglamentos de conformidad con los principios constitucionales y legales de acuerdo a su misión, visión y funciones. Estatutariamente, en art.30, Acuerdo 004 de 1997 el director general se encuentra facultado para ser ‘nominador y ordenador del gasto, de acuerdo con las facultades concebidas por la ley y los reglamentos y ‘celebrar o suscribir los contratos de la empresa de acuerdo a lo establecido por la Junta Directiva’ y el art. 15,Acuerdo 007 de 2014 , le otorga competencia al director general para ordenar y

dirigir el proceso de contratación , y celebrar contratos, basado en las cuantías del citado acuerdo, suscriba y ejecute toda clase de contratos previo cumplimiento de los trámites y requisitos, todo bajo el marco de su misión, visión y funciones -art.19,Acuerdo 007 2014- <f.646, c-3, Res.2017001479 de 2017, investigación administrativa>;

En lo territorial, se insiste, art.1, Decreto 536 de 2004, 'las empresas sociales del Estado de las entidades territoriales podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos'. /En ejecución de lo anterior, el Hospital adoptó organización por mapa de procesos, que está compuesto por procesos asistenciales y administrativos y en cumplimiento de su Plan de Desarrollo Institucional debe asegurar la debida ejecución de todos sus procesos, tanto administrativos como asistenciales. Por ello necesariamente requiere contratar la prestación de apoyo para la ejecución de los respectivos procesos, para como parte de la red pública hospitalaria de atención en salud, servicio público a cargo del Estado, tiene la prestación de servicios de salud a la población del Departamento del Valle del Cauca y concluye que para la prestación de tales servicios en condiciones de calidad y seguridad adecuadas, el Hospital requiere contratar el apoyo a los procesos y subprocesos respectivos, oportunidad, integralidad, eficiencia y competitividad , enfocada en un mejoramiento continuo y atención centrada en el usuario <f.646-647, c-3, Res.2017001479 de 2017, investigación administrativa>;

II.- AGREMIACION DE CIRUJANOS DEL VALLE 'ASCIVAL', ASOCIACIÓN SINDICAL: *es una organización gremial creada para el bienestar económico y social de sus miembros<creada por exigencia del Director del HUV, JAIME RUBIANO, hecho 4 afirmado por actor al f.3-c-1, y aceptado por ASCIVAL al contestarlo,f.451,c-2>, fundada por Acta del 29 de agosto de 2011, inscrita en el Ministerio de la Protección Social, legítimamente interesada en realizar contratos colectivos sindicales con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sector Público Privado <Convenio de Cooperación para la ejecución de un contrato colectivo sindical entre ASCIVAL Y EL DR. WILLIAM CARDOZO MONDRAGON, f.27 a 31,c.1>; se pretende acoger juego confuso de palabras, que es una terciarización y no confundible con tercerización<f.643, c-3, Res.2017001479 de 2017, investigación administrativa>;*

III.- DR. WILLIAM CARDOZO MONDRAGON: *Médico cirujano pediatra, de la Universidad del Valle, que para ASCIVAL es 'EL AFILIADO PARTICIPE' en el contrato colectivo sindical<f.27 a 31,c-1>; para efectos sindicales puros, es simplemente el asociado o afiliado sindical<le hacen descuentos de su salario para cuota sindical, f.367 a 399,c.-2>; en razón del fuero por ser vicepresidente de la Asociación gremial ASCIVAL, titular individual del fuero como miembro de la junta directiva, segundo renglón principal, art.405,CST.<f.537,c-2>; para HUV no es nadie: ni su empleado, ni su colaborador ni menos persona con fuero,f.78 '...PERO SI ACEPTA QUE PRESTO SUS SERVICIOS PROFESIONALES A LA INSTITUCION A TRAVES DE UNA AGREMIACION SINDICAL, <no> SE CONFIGURO RELACION LEGAL Y REGLAMENTARIA ALGUNA, QUE PUEDA AFIRMARSE QUE USTED ES EMPLEADO PÚBLICO DE LA MISMA...'; empero 'que un afiliado a ASCIVAL puede prestar sus servicios profesionales al Hospital a través de la asociación, a pesar de ser empleado de planta del HUV<f.693,c-3, Res.2017001479 de 2017, investigación administrativa>;*

PROBLEMAS JURÍDICOS

1.- APELACIÓN.

La demanda, la oposición de las convocadas, las excepciones de éstas, las pruebas, oposiciones ,alegaciones en las distintas oportunidades e intervenciones de los concurrentes, así como las motivaciones y decisión de la a-quo, y la sustentación de apelación del demandante , concita a acudir a la teoría del contrato realidad, a su necesidad de estudiarla en este escenario -aunque no sea pretensión propia del proceso especial de fuero sindical- para afirmarla en sentido positivo o negativo, todo lo cual en una hermenéutica holística y sistemática , obliga a estudiar y plantear los siguientes problemas jurídicos:

i.-) Que al juez del fuero especial sindical le es perfectamente legítimo en términos de competencia, poder desatar el tema principal y específico de fuero sindical, previa definición, bajo una misma cuerda, si el contrato del demandante era o no , en la realidad y para el caso con HUV y por supuesto estudiar el tipo de contrato o vinculación del trabajador con ASCIVAL, superando ser una simple afiliación gremial, éste como empleador ficticio o aparente y el primero como empleador real; con lo que no se rompe la continencia de la causa, la unidad probatoria, economía procesal y el amparo excluyente y privilegiado.

ii.-) Que sí tiene competencia el juez del fuero para analizar la prueba relativa al contrato realidad, la del fuero y decidir éste; *iii)* que el juez laboral está investido de funciones de control de garantías y debe velar por el derecho fundamental del fuero sindical;

CONTRATO SINDICAL

Apartado dedicado al presunto contrato sindical celebrado por HUV y la presunta agremiación sindical ASCIVAL, para aquel cumplir con su objeto social publico misional que es prestar los servicios de salud en la región occidente en medicina quirúrgica pediátrica, nivel III y IV NIVEL de complejidad, limitado a lo que interesa al proceso.

Probatoriamente, está acreditado en autos que, en afirmación del demandante, evadido por HUV al contestar demanda, aceptado por ASCIVAL al contestar demanda y en interrogatorio de parte del Dr. HAROL FERNANDO BOTERO, representante legal de esta última, que la creación de ASCIVAL obedeció a exigencia del director de 2010 de HUV a todos los empleados del hospital que si querían seguir trabajando en las instalaciones del HUV tenían que constituirse en agremiaciones sindicales o sindicatos de gremio por profesión, especialidad, oficio u ocupación en servicios de salud, para que el HUV los

contratara por intermedio de esos sindicatos para una gestión colectiva³. Esto lo argumentan las partes HUV-ASCIVAL en ...

“... k)Que con apoyo en estas directrices de la Circular No. 042578 del 22 de marzo de 2012 , del Gobierno Nacional ... la Administración del HUV procedió a celebrar el 25 de abril de 2012 una asamblea general informativa tanto con Organizaciones Sindicales y tradicionales del Hospital como el personal de trabajadores asociados a las varias Cooperativas y demás personal interesado... la Administración manifiesta que en l nueva modalidad de contratación de Asociaciones Gremiales de carácter sindical, todas ellas formaban parte de cooperativas de trabajo asociado y que prestaban su aporte laboral en el HUV , se constituyeron en asociaciones gremiales ...”<f.359,c-2>.

Estos fueron los antecedentes para que surgiera el contrato colectivo sindical HUV-ASCIVAL, a la sombra de las nuevas reglas en esa materia. En efecto, en el 2010, para que el país del norte le siguiera patrocinando el Plan Colombia, el congreso de los EE.UU., le exigió al gobierno de entonces que tenía que limitar el accionar de la tercerización y de las cooperativas de trabajo asociado, para proteger los derechos de las masas trabajadoras, en virtud de ello se expidió el decreto 1429 de 2010 (abril 28), por el cual se deroga el Decreto 657 del 3 de marzo de 2006, que reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo de Trabajo y se dictan otras disposiciones, porque de conformidad con el numeral 3 del artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo, los sindicatos tienen entre sus funciones celebrar contratos sindicales, garantizar su cumplimiento por parte de sus afiliados y ejercer los derechos y acciones que de ellos nazcan, colocando el contrato sindical en el mismo nivel del Pacto Colectivo y de la Convención Colectiva, porque el Contrato Sindical es otra forma de contratación colectiva , al definirlo:

Decreto 1429 DE 2010 “Artículo 1°. *El contrato sindical como un acuerdo de voluntades, de naturaleza colectivo laboral, tiene las características de un contrato solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo.”*

Señalando obligación de todo empleador, público o privado, al contratar la prestación de servicios, evaluar primero la posibilidad de atraer recursos humanos con el contrato sindical ⁴<art. 2, ib.>. Pretendiendo regular el desarrollo del contrato sindical, estableciendo unos requisitos que en cada contrato deben cumplir las organizaciones

³ Conducta que sanciona el art.292,CP (Ley 599 del 24 julio de 2000, porque es una forma de violar la prohibición a toda persona -natural o jurídica- de atentar contra el derecho de asociación sindical, porque se convierte en factor o promotor de organización sindical patronal, o llamados sindicatos de bolsillo patronal.

⁴ **Decreto 1429 de 2010, “Artículo 3°.** Además de las cláusulas relativas a las condiciones específicas del objeto del contrato sindical y las circunstancias en que se desarrollará, este deberá indicar el valor total de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra, así como la cuantía de la caución que las partes deben constituir para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas y definir de común acuerdo las auditorías que consideren necesarias para verificar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas una vez suscrito el respectivo contrato.”.

sindicales⁵, como son suscribir el CONVENIO DE COOPERACIÓN para la ejecución del contrato colectivo sindical, el reglamento específico cada vez que se celebre el contrato colectivo sindical, el depósito de cada contrato sindical con su respectivo específico reglamento en la pertinente Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social⁶, obligaciones que son de obligatorio cumplimiento y de requisito de prueba en un proceso<art.7,ib.>.

En efecto, el artículo 7 obliga a: *“Artículo 7°. Dada su naturaleza de contrato colectivo laboral, deberá depositarse copia del contrato sindical con su correspondiente reglamento ante la respectiva Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social, en donde este se suscriba o se ejecute.<Decreto 1429 de 2010>*

El contrato colectivo sindical, se rige tanto por las reglas de los artículos 482,483,CST., este en el sentido que las partes deben constituir caución suficiente, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en pleno, entre ellas y el sindicato respecto de sus afiliados; si no se constituyere, se entiende que el patrimonio de cada contratante responde de las respectivas obligaciones. Y bajo las reglas del decreto 1429 de 2010.

No obstante la claridad de las reglas sustantivas y procesales, tanto el HUV como ASCIVAL, en la praxis y contrato colectivo sindical, le dieron una aplicación y desarrollo limitado, violando el fin de toda organización sindical ‘la defensa de sus

⁵ **DECRETO 1429 DE 2010, “Artículo 5°.** En desarrollo del Convenio 87 de 1948 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la Ley 26 de 1976, las organizaciones sindicales deberán elaborar un reglamento por cada contrato sindical, el cual contendrá como mínimo las siguientes garantías en defensa de sus afiliados partícipes:

1. Tiempo mínimo de afiliación al sindicato para participar en la ejecución de un contrato sindical.
2. Procedimiento para el nombramiento del coordinador o coordinadores en el desarrollo del contrato sindical.
3. Procedimiento para seleccionar a los afiliados que van a participar en el desarrollo del contrato sindical, así como la forma de distribuir entre los afiliados partícipes el valor del trabajo del grupo, garantizando que este sea como mínimo equivalente y nunca inferior al salario mínimo legal mensual vigente, en proporción a la participación individual.
4. Causales y procedimiento de retiro y de reemplazo de afiliados que participan en el desarrollo del contrato sindical.
5. Mecanismos de solución de controversias de quienes participan en la ejecución del contrato sindical, teniendo en cuenta la normatividad establecida tanto en los estatutos como en el reglamento específico del contrato colectivo, con el objeto de garantizarles a los afiliados, los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.
6. Porcentaje del excedente del Contrato Sindical que se destinará a educación, capacitación y vivienda para los afiliados partícipes.
7. El sindicato será el responsable de la administración del sistema de seguridad social integral, tales como la afiliación, retiro, pagos y demás novedades respecto de los afiliados partícipes.
8. El sindicato promoverá la salud ocupacional de los afiliados partícipes.
9. Dado el plano de igualdad en la que intervienen los afiliados partícipes entre sí y con el Sindicato en la ejecución del contrato sindical, el reglamento deberá incluir lo pertinente a las compensaciones o participaciones y deducciones para los afiliados partícipes a que haya lugar.
10. Los demás derechos y obligaciones que se establezcan para los afiliados partícipes.

⁶ **Decreto 1429 de 2010, “Artículo 8°.** La respectiva dependencia del Ministerio de la Protección Social expedirá previa solicitud la constancia del depósito del contrato colectivo laboral.”, a más tardar, en lo sí 15 días siguientes a su firma, como lo exige el art.482,CST., que establece similar obligación.

intereses' <art.353,373 y 374, CST.>, limitados en el contrato colectivo sindical referido a mantener y cumplir el suministro de personal al HUV y así conservar ingresos y lo que llama el Decreto 1429 de 2010 compensaciones, participaciones, beneficios y excedentes <terminología propia del cooperativismo>, dando el trato a ASCIVAL como una precooperativa o cooperativa de trabajo asociado, prohibido por el art. 63, Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010.

Pero ASCIVAL, si bien en su Acta de constitución -con 26 fundadores- indica que se constituye 'con el objeto principal de propender la defensa de los intereses de la Especialidad a la cual pertenecen <médicos especialistas en cirugía y Residentes de Cirugía' <f.533,c-2>, la verdad, al decir del representante legal Dr. Harold Fernando Botero Gutiérrez, la asociación se ha limitado a firmar contrato sindical colectivo mensual o con la periodicidad no superior a 2 o 3 meses, planteada por el HUV solamente y no se ha dado con otra empresa; significando que para nada cumple con el haz de funciones de todo sindicato de arts. 373 y 374, CST., lo que pareciera -y no es materia de debate en autos- , pero esto desmarca a ASCIVAL del carácter de toda asociación sindical, por ej. no se tiene noticia que haya presentado pliegos de peticiones y celebrado convenciones colectivas de trabajo con HUV. Esto identifica su carácter instrumentalista y que ha fungido desde su fundación como una cooperativa que envía y suministra personal en misión, o como empresa de servicios temporales -ESET, con violación clara de Ley 50 de 1990.

Entonces entramos al terreno de las cooperativas, que si para éstas el artículo 63 de la Ley 1429 Del 29 Diciembre De 2010, dispone "Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes <subrayas ajenas>.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo. < Expresión subrayada declarada exequible por los cargos analizados, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-645 de 2011>.

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

Parágrafo transitorio. Derogado por el art. 276, Ley 1450 de 2011. Esta disposición entrará en vigencia a partir del primero (1°) de julio de 2013."

Esta disposición prohíbe que las entidades públicas y privadas contraten con precooperativas o cooperativas, que funjan como intermediarias o de empresa de servicio temporal, prohibición que se hace extensiva a los sindicatos gremiales, cuando, en casos como el presente hagan labor de intermediación, que conllevaría similar tratamiento.

El decreto reglamentario 2025 DE 2011, DECRETA:

"Artículo 1°. Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.

De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta.

Parágrafo. En el caso de las sociedades por acciones simplificadas -SAS-, enunciadas en el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle.

Todo el articulado del Decreto 2025 de 2011, está destinado a evidenciar la intermediación laboral de las precooperativas y cooperativas, a sancionarlas, ordenar su disolución y liquidación inmediata, a establecer multas tanto para estas como a las entidades, públicas y privadas, que contraten servicios misionales permanentes, como violación de la tercerización, y a que aplique el contrato realidad y la regulación de derechos de los trabajadores conforme a la ley laboral.

Las anteriores son reglas generales de contratación de las entidades públicas y privadas, a nivel nacional y territorial; pero hay norma específica para el sector público de salud, que prohíbe rotundamente toda clase de intermediación laboral no solo con cooperativas 'o bajo ninguna otra modalidad de vinculación', así

“LEY 1438 del 19 de enero de 2011, “ARTÍCULO 103. CONTRATACIÓN DEL PERSONAL MISIONAL PERMANENTE. El personal misional permanente de las Instituciones públicas Prestadoras de Salud no podrá estar vinculado mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

En esta regla tiene suma importancia el elemento normativo “ o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.”, es una prohibición de protección de los derechos de los trabajadores, cualquiera que sea su vinculación con el sector público de la salud, pero que tengan como finalidad afectar sus derechos prestacionales que les otorgan las leyes vigentes por lo que consideramos que entra la modalidad de contrato sindical colectivo, que en seguida se estudia someramente. Es de anotar que ante la violación sistemática de estas reglas el Ministerio de Trabajo sancionada a HUV y a ASCIVAL con mil smlmv <f.646-647, c-3, Res.2017001479 de 2017, investigación administrativa>;

Lo dicho, no obstante que ASCIVAL esté constituido como sindicato de gremio, que haya suscrito, el cual debe ser específico para cada contrato, CONVENIO DE COOPERACIÓN PARA LA EJECUCION DE UN CONTRATO COLECTIVO ENTRE LA AGREMIACION Y EL DOCTOR WILLIAM CARDOZO MONDRAGON<f.27 a 31.c-1>, y para celebrar contratos colectivos sindicales ASCIVAL para la prestación del servicio de Cirugía de Pediatría con el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE<f.27 a 31,c-1>.

Convenio de Cooperación, con más tendencia a CONVENIO COOPERATIVO, en lenguaje de las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO, sin ser el SINDICATO GREMIAL ASCIVAL una cooperativa de esa ni de ninguna otra naturaleza, por ello acude a la Cartilla del Ministerio de la Protección Social del 28 de abril de 2010, para definir:

“El afiliado participe en la ejecución del contrato sindical no es trabajador del SINDICATO porque éste lo componen los mismos afiliados y ejecutan dicho contrato sindical en desarrollo del contrato colectivo, no encontrándose el elemento esencial de la subordinación. Esta relación se rige por principios democráticos, de autogestión, colaboración y autorregulación donde los afiliados actúan en un plano de igualdad. Entre el afiliado participe y la organización sindical no existe una relación laboral y en consecuencia y en consecuencia no hay contrato de trabajo. No obstante el SINDICATO dada su finalidad compensará a éstos, por su contribución en la ejecución del contrato sindical, con los beneficios definidos en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical’<f.28,c-1>.

En el CONVENIO COOPERATIVO se indica que ‘el lugar de la prestación de los servicios serán las instalaciones del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE, ...<f.28,c-1>.

OBLIGACIONES DEL AFILIADO PARTICIPE<TRABAJADOR>: a) Prestar los servicios de cirugía de conformidad con lo acordado en el contrato colectivo sindical... b) Procurar que el SINDICATO cumpa con el CONTRATO SINDICAL COLECTIVO suscrito con el HUV...c) Permanecer como afiliado de la Organización Sindical por termino de duración... es decir 3 meses... d) Observar cuidado y diligencia...para el correcto desempeño de sus funciones... e) Guardar estricta reserva... f) Cumplir con los turnos asignados por el COORDINADOR DEL CONTRATO COLECTIVO SINDICAL de manera exclusiva... sin atender durante las horas de labor, trabajos u ocupaciones distintas a las... encomendadas; g) Aceptar la compensación que señale la JUNTA DIRECTIVA...h)... i) Aceptar los reglamentos del SINDICATO y las disposiciones dictadas por la Asamblea General , la Junta Directiva, el Presidente y el Vicepresidente del INDICATO.<f.29, c-1>.

En la cláusula decima del CONVENIO DE PARTICIPACIÓN en estudio, consagra ‘por tratarse de un convenio de Cooperación para la ejecución de un contrato colectivo sindical, las relaciones entre el SINDICATO y el AFILIADO PARTICIPE no se regirán por la legislación laboral, ... no habrá vínculo laboral alguno entre el AFILIADO PARTICIPE Y EL SINDICATO, ni lugar al cobro de salarios, salario integral, descansos remunerados, vacaciones, sobresueldos, prima legal, cesantías, intereses a las cesantías, indemnizaciones, prestaciones sociales, ni concetos laborales de ningún tipo’<f.30, c-1>. Este convenio es firmado el 01-02—2012, que no es válido para el C-13-del 01 enero a 31 de marzo de 2015, porque se requiere por cada nuevo contrato colectivo sindical, la firma del respectivo CONVENIO DE PARTICIPACIÓN entre el médico y la asociación sindical ASCIVAL que va a participar en el específico contrato colectivo sindical <el cual no es prorrogable ni tácita ni expresamente, se requiere un nuevo contrato colectivo sindical y un nuevo reglamento de ejecución de ese contrato y de un nuevo CONVENIO DE PARTICIPACION con cada médico que va a ser enviado al HUV a ejecutar un específico contrato colectivo sindical>, con su

respectivo depósito en la dirección territorial a que corresponda el desarrollo y cumplimiento del contrato.

El presente proceso está involucrado con el Contrato Colectivo Sindical C15-013 del 01-enero al 31-marzo-2015, el demandante ya fungía como Vicepresidente de ASCIVAL <f. 357 a 366, y 537, c-2> y al actor le terminaron la prestación del servicio por cesación de programación de turnos a partir del 09-marzo de 2015 <f.401 a 403,c-2>. Que en lenguaje de las partes principales HUV y ASCIVAL, era sacar de nómina al galeno con la equivalencia de o connotación de desvincularlo del servicio, porque no puede por ese contrato, volver a ser incluido en programación de turnos subsiguientes, bajo el desarrollo de ese contrato.

La parte actora acompaña el REGLAMENTO PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO C15-013 del 01-enero al 31-marzo-2015, celebrado con el Hospital Universitario del Valle y ASCIVAL, firmado por presidente Harold F. Botero G. y vicepresidente William Cardozo Mondragón<f.38 a 42>, sin el requisito exigido por el art.7, Decreto 1429 de 2010, que exige:

Artículo 7°. Dada su naturaleza de contrato colectivo laboral, deberá depositarse copia del contrato sindical con su correspondiente reglamento ante la respectiva Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social, en donde este se suscriba o se ejecute."

No tiene nota de depósito ante la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social de Cali ni del contrato Sindical C15-013 del 01-enero al 31-marzo-2015<f. 357 a 366, c-2>, ni del Reglamento para la Ejecución del Contrato Colectivo Sindical C15-013 del 01-enero al 31-marzo-2015<f.38 a 42>, por lo que al faltar "*Artículo 8°. La respectiva dependencia del Ministerio de la Protección Social expedirá previa solicitud la constancia del depósito del contrato colectivo laboral."*, no hay lugar a tenerlo como prueba.

Lo que significa que no hay prueba del citado contrato sindical ni de su reglamento para la ejecución, y, por consiguiente, no existe ese CONTRATO COLECTIVO SINDICAL entre el HUV y ASCIVAL el Contrato Colectivo Sindical C15-013 del 01-enero al 31-marzo-2015<f. 357 a 366, c-2>, ni el Reglamento para la Ejecución del Contrato Colectivo Sindical C15-013 del 01-enero al 31-marzo-2015<f.38 a 42>, por lo que sin más argumentación, nos permite plantear el contrato realidad entre el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA E.P.S. y el demandante, en un primer plano y con LA ORGANIZACIÓN SINDICAL DE CIRUJANOS DEL VALLE 'ASCIVAL' en un segundo plano.

Para lo cual, basta resumir lo discurrido hasta aquí con base en los elementos probatorios hallados en autos, el demandante es *Médico cirujano pediatra, de la Universidad del Valle, que para ASCIVAL es 'EL AFILIADO PARTICIPE' en el contrato colectivo sindical<f.27 a 31,c-1>; para efectos sindicales puros, es simplemente el asociado o afiliado sindical<le hacen descuentos de su salario para cuota sindical, f.367 a 399,c.-2>; en razón del fuero por ser vicepresidente de la Asociación gremial ASCIVAL, titular individual del fuero como miembro de la junta directiva, segundo renglón principal, art.405,CST.<f.537,c-2>;*

Para HUV no es nadie: ni su empleado, ni su colaborador ni menos persona con fuero, a sabiendas y contra de evidencia, lo niega <f.78> '...PERO SI ACEPTA QUE PRESTO SUS SERVICIOS PROFESIONALES A LA INSTITUCION A TRAVES DE UNA AGREMIACION SINDICAL, <no> SE CONFIGURO RELACION LEGAL Y REGLAMENTARIA ALGUNA, QUE PUEDA AFIRMARSE QUE USTED ES EMPLEADO PÚBLICO DE LA MISMA...'; empero 'que un afiliado a ASCIVAL <si> puede

prestar sus servicios profesionales al Hospital a través de la asociación, a pesar de ser empleado de planta del HUV<f.78,c-1>.

Tenemos como única prueba personal el interrogatorio de parte de:

"HAROL F BOTERO G. <29 DEMAYO DE 2019> VINCULO DEL ACTOR CON ASCIVAL Y HUV...EJECUTA CONTRATO COLECTIVO SINDICAL ... COMO CIRUJANO PEDIATRA... ATENDIENDO CASOS DE ALTA COMPLEJIDAD Y URGENCIAS... ACTUALMENTE ESTA LABORANDO CON HUV COMO CIRUJANO PEDIATRA A TRAVES DE UN CONTRATO COLECTIVO SINDICAL SI CON ASCIVAL ... ESPECIALISTA Y EL HUV DA TODOS LOS ELEMENTOS QUE se requieran ... HORARIOS ESQUEMA DE TURNOS HORARIOS DE 12HORAS... SE ASIGNAN DE ACUERDO CON CIRUJANOS DE PLANTA O DE OTRAS ENTIDADES ASOCIACIONES ... HUV TIENE NOMBRADOS CIRUJANOS PEDIATRAS.... SEGÚN NECESIDADES SE VAN ADECUANDO PARA CUBRIR SERVICIOS... ENTIENDO DE 7AM A 7PM. NO SOY SUPERVISOR DEL AREA... HAY AUTONOMIA EN DESARROLLO DEL CONTRATO COLECTIVO SINDICAL , SI ES NOCTURNO DE 7PM A 7AM., PARA REALIZAR LOS TURNOS DE CONSULTA... NECESIDADES DE SERVICIO QUE REQUIERE HUV... ESO QUEDA ESCRITO EN LAS HISTORIAS CLINICAS QUE EVALUA... LAS ORDENES LAS DA EL COORDINADOR DEL HUV A ASCIVAL Y NOSOTROS ASIGNAMOS TURNOS DE ACUERDO CON LA DISPONIBILIDAD DE AGREMIADOS ... SÍ SE DESEMPEÑO EL ACTOR COMO CIRUJANO PEDIATRA... RECIBE COMUNICACIÓN DE RECURSOS HUMANOS QUE NO SE programe turnos al demandante... LO HIZO... SOLICITE LAS CAUSAS O MOTIVOS DE LA NO PROGRAMACION DEL ACTOR NUNCA CONTESTARON, SEGÚN REGLAMENTO COMO DEBÍA SER LA DESVINCULACIÓN, DOS COSAS CON ASCIVAL LA FALTA QUE NO CUMPLA CON EL DEBIDO PROCESO... DESCARGOS... SE LLEVA A ASAMBLEA DE AGREMIADOS Y DECIDE LA EXPULSIÓN , NO LO HUBO Y NO HAY CAUSA PARA NO PROGRAMARLO... A MI ENTENDER FUE EL DESPIDO INJUSTO Y ARBITRARIO ...PORQUE NO HUBO JUSTA CAUSA... DESDE 2015 , ... DESDE 2000 TRABAJABA EN HUV ERA DOCENTE... TURNOS... CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS... LUEGO CON CTA Y DESPUES CONTRATO SINDICAL... NIVEL MAXIMO DE COMPLEJIDAD ... NO POST... SON MISIONALES TOTALMENTE... EL CUADRO DE TURNOS CON LA COORDINACION DEL HUV ... BASICAMENTE ES CUANDO EL PERSONAL DEL HUV NO ALCANZA... Y LOS DEFICITS SE CUBREN CON PERSONAL DE ASCIVAL... EN EL CASO DEL ACTOR NO OCURRIO QUE NO PUDIERA... SE CUBRE CON PERSONAL... DOS CIRUJANOS 3 CIRUJANAS... SE NOMBRE CIRUJANO DE PLANTA PARA CUBRIR LOS HORARIOS DEL ACTOR... EL HUV CONTABA CON PERSONAL DE PLANTA... SI CONTABA... CON NOMBRADOS DE PLANTA O CON OTRAS AGREMIACIONES... TIENE NOMBRADOS POCOS ... TODOS CUMPLIAN LAS MISMAS LABORES... ATENDER NIÑOS QUE REQUIERAN SERVICIOS DE CIRUJIA PEDIATRICA... POR PARTE DE ASCIVAL SEGÚN OFERTA QUE PUEDA ATENDER 720HORAS AL MES...

Con la certificación del HUV, en donde sin negar que si ha recibido los servicios personales del demandante, el interrogatorio de parte del representante legal de la Asociación Gremial ASCIVAL, es contundente *SÍ SE DESEMPEÑO EL ACTOR COMO CIRUJANO PEDIATRA... DE 7:00 AM A 7:00 P.M... EN TURNOS DIURNOS O NOCTURNOS DE DOCE HORAS ... DESDE 2000 TRABAJABA EN HUV ERA DOCENTE... TURNOS... CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS... LUEGO CON CTA Y DESPUES CONTRATO SINDICAL... NIVEL MAXIMO DE COMPLEJIDAD ... LAS ORDENES LAS DA EL COORDINADOR DEL HUV A ASCIVAL Y NOSOTROS ASIGNAMOS TURNOS DE ACUERDO CON LA DISPONIBILIDAD DE AGREMIADOS ... SÍ SE DESEMPEÑO EL ACTOR COMO CIRUJANO PEDIATRA...*

Indicando que el actor lleva muchos años laborando con el HUV, con intermediación de CTA o por contrato colectivo sindical, que ASCIVAL tiene su reglamento para sancionar a los COOPERADOS PARTICIPES y para la expulsión, pero nada ocurrió, la comunicación de no programación final en turnos, que recibe vía electrónica el 09 de marzo de 2015<f.401 a 403,c-2>. Esta es una manera o forma de expresar su posición dominante el HUV, pactada contractualmente despedir o dejar sin programación de turnos al demandante. Entonces no programar turnos, equivale a despedir al profesional de la medicina. El motivo, que el HUV estaba atrasado en pagar cuentas de cobro a ASCIVAL y como trabajador y vicepresidente de

la junta directiva de la Agremiación sindical circuló unos mensajes que no gustaron a los directivos<f.400,c.-2>.

De todo el acervo documental si surgen, además de las pruebas directas antes citadas, un cumulo de indicios graves que el demandante si prestó sus servicios personales de médico cirujano pediatra en el HUV y que cuando se generó Contrato Colectivo Sindical C15-013 del 01-enero al 31- DE MARZO DE 2015,que era de conocimiento del HUV que el demandante era Vicepresidente de la Junta directiva de ASCIVAL como agremiación sindical de primer grado y de gremio <f.539 y f.537,c-2, constancia el 31/10/2012 de depósito de cambios junta directiva para el22/02/2013>, como quiera que firma varios reglamentos de ejecución de varios contratos colectivo sindicales, por supuesto de forzoso conocimiento de HUV, porque sin ellos no puede pedir ni recibir personal en remisión y ejemplo de ello es el REGLAMENTO PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO CVOLECTIVO SINDICAL No.C14-013 YC14-015 CELEBRADO CON EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GTARCIA ESE Y LA AGREMAIACION DE CIRUJANOS DEL VALLE DEL CAUCA. ASOCIACION SINDICAL-ASICIVAL<f.38 a 42,c-1, aprobado en Asamblea general del 29 de agosto de 2011, y firmado por Presidente DR.HAROLD FERNANDO BOTERO G. y Vicepresidente de ASCIVAL, DR. WILLIAM CARDOZO MONDRAGON ,al f.42>, por supuesto que es de conocimiento del director y de las autoridades del HUV desde 2011,no hay duda, y una forma de informar y comunicar la existencia de fuero en calidad de vicepresidente del demandante, es por el ejercicio del cargo de Vicepresidente de ASCIVAL; y para el lapso en que prestó tales servicios era de conocimiento del HUV que era aforado en segundo renglón como Vicepresidente de ASCIVAL, y también al generarse comunicación de Jefe de recursos humanos del HUV, estaba prestando servicios en turnos diurnos, y el representante legal le comunica al actor el 09 de marzo de 2015<f.401 a 403,c-2>,...

“ASUNTO NO PROGRAMACIÓN DE TURNOS EN EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE . SERVICIO DE CIRUGIA PEDIATRICA

“De la manera más cordial, nos permitimos comunicarles que por solicitud de la dra Carolina Marín Jefe de Recursos Humanos del Hospital y el dr. Luis Fernando Pino, subdirector U.E.S. Urgencias en correo electrónico, donde informan la no programación de los turnos del doctor William Cardozo Mondragón en el servicio de cirugía pediátrica del Hospital Universitario del Valle a partir del día lunes marzo 09 de 2015. Adjuntamos solicitud” <f.401 a 403,c-2>.

Es el mismo representante legal de ASCIVAL, quien dice que no adelantaron ningún procedimiento conforme a los reglamentos de ASCIVAL, pero recibió, dio y comunicó la determinación de no programación de turnos al médico demandante<f.401 a 403,c-2>, lo que es un claro y directo acto de desvinculación de la prestación del servicio al HUV, mediante la acción de no programar turnos, conforme a clausula reserva del HUV, cuando no desea dar más trabajo a una persona. Tema que retomaremos al tratar el despido.

2.- PREGUNTA, SI SER MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE ASCIVAL DA AL ACTOR FUERO SINDICAL.

El fuero sindical es de derecho sustancial, en lo legal con fundamento constitucional y normativo -arts.39,CPCo. y 405,CST., y por supuesto en bloque Constitucional con NIT o normas OIT CONVENIO 87, ART.2 y convenio 98 , art.1-, y en bloque de

legalidad<art.353,CST.>, es norma fundamental, en lo constitucional que en art.39 reconoce la garantía del fuero in extenso para que cumplan las funciones, sin limitante alguna por ser trabajador subordinado o no, comprendiendo sustancialmente a todos los miembros de junta directiva sindical, sin consideración a la forma de vinculación a la empresa; área constitucional que no es ajena para la jurisdicción del trabajo, el cual debe estar soportado en hechos y éstos en pruebas, para obtener su amparo en una y otra área -constitucional y legal, y en escenario de actuaciones frente a ASCIVAL y en el desempeño de médico cirujano pediatra frente al HUV-, siendo parte de los primeros la existencia de la relación sustancial laboral, luego debe ser parte del análisis probatorio su verificación, sin necesidad que se pida como declaración, por ser relación subyacente necesaria, y que así no se diga en la sentencia por ser especial, a lo cual se procede, sin antes transcribir su fondo normativo:

“CPCo.,art.39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones...
/(...) Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”.

CST., art.405. Mod.D.204/57,art.1º. Se denomina “fuero sindical” la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo.”

*CST., Art.406.Subrogado, L.584/2000,art.12. **Trabajadores amparados por el fuero sindical.** Están amparados por el fuero sindical:...*

C) Los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato..., sin pasar de cinco (5) principales y cinco(5) suplentes...Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis(6) meses más.<...>

Parágrafo 1º. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

Parágrafo 2º. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador”.

Normas en consonancia con el Convenio No. 87⁷ de la OIT, ratificado por Colombia el 16 de noviembre de 1976 (Ley 26/76), sobre la libertad⁸ sindical y la protección del derecho de sindicación del trabajador o persona que vive de su esfuerzo personal e intelectual, sin distinción de la naturaleza del vínculo jurídico que tenga con el presunto patronal y la misma asociación gremial de la que deriva el fuero <teniendo como único límite los miembros de la fuerza pública -art.39,CPCo.- y quienes ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración -art.406,CST y art.12, Ley 584 de 2000, y C-201 de 2002 > , y el Convenio No. 98⁹, ratificado misma diada, por Ley 27/76, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

⁷ El artículo 2º del Convenio, reconoce a trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Este derecho guarda consonancia con lo establecido en el artículo 353,CST., que al igual que el art.39,CPCo., excluye a las fuerzas militares.

⁸ En normas internacionales del trabajo, NIT, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 23, parágrafo 4º reconoce el derecho a constituir sindicatos y afiliarse a los mismos. El artículo 22-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho de fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.”. A su turno el artículo 8-1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales...”. Arts 53 y 93,CPCo., precisan que los convenios internacionales ratificados, hacen parte del derecho interno y al igual que los referidos a derechos humanos [de los trabajadores], prevalecen en el orden interno.

⁹ El artículo 1º del Convenio No. 98, indica que esta protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto someter el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro del mismo; despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical, o de su participación en actividades sindicales.

Conforme a lo expuesto la libertad a formar, ser parte o afiliarse a una organización sindical, cualquiera que sea la naturaleza de ésta acorde con su situación laboral, es derecho con fundamentación constitucional y desarrollo legal de toda persona que vive de sus servicios personales, o sea que trabaje, independientemente de la naturaleza de la relación laboral o del contrato de trabajo y de la duración de éste, e incluso de la calidad del empleador y del vínculo que una al trabajador con éste <y aún de la intermediación o tercerización que pueda existir real o fictamente>, excepto en el caso de las fuerzas militares y de la policía (art.39 y 216,CPCo.), pues, sería discriminante limitar tal libertad al trabajador dependiente (art.353,CST., reformado por art.38, Ley 50 de 1990).

Al respecto el comité de libertad sindical en relación con un caso colombiano, recomendó: *"a) en lo que respecta al despido ...100 trabajadores de... TEJCONDOR ... afiliados al Sindicato SINALTRADIHITEXCO , y la posterior contratación de trabajadores a través de cooperativas de trabajo asociado ... que según alegan no gozan de derechos de sindicalización y de negociación colectiva, el comité ... estima que los trabajadores de las cooperativas deberían gozar del derecho de asociarse o constituir sindicatos a fin de defender sus intereses y pide al Gobierno que tome las medidas apropiadas para garantizar la plena aplicación de la libertad sindical y señala atención... que la asistencia técnica..."*;

En otro caso el mismo comité de libertad sindical, a manera de recomendación... recuerda *...que la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades...sindicales*

Se afirma anteriormente que el derecho de sindicación –o sindicalización- es independiente de la naturaleza del sindicato, pero sí depende de la situación personal del trabajador y del empleador, para constituir un sindicato de empresa o de base, de industria o rama de actividad económica, gremiales o de especialidad, así como de oficios varios, porque la clasificación del artículo 40, Ley 50/90 y art.356,CST. – tomada de la doctrina, entre otras-, obedece a la empresa en la cual presta los servicios personales, no la que lo intermedia, si en ella hay las condiciones por número y calidad de los asociados para cristalizar el derecho de asociación profesional.

En autos , se invierte la condición , porque el HUV exige desde 2011 -a raíz del decreto 1429 de 2010 <recopilado en el decreto 1072 de 2015 y modificado en decreto 036 de 2016, reglamentados en el decreto 2025 de 2011, que si querían los distintos profesionales a su servicio continuar trabajando en las instalaciones del HUV , debían constituir sindicatos de gremio o asociaciones gremiales, en términos sindicales, para poder hacer las futuras vinculaciones, lo predica el demandante al hecho 4 del libelo y eludido por el patronal al contestar demanda, y aceptado por ASCIVAL al contestar la demanda y en interrogatorio de parte por el representante de ésta, y se infiere del proceso histórico de la lucha del empleador contra las innumerables organizaciones sindicales al interior del HUV...

3.- Ahora bien, en autos, está demostrado que ASCIVAL, agremiación afiliante del trabajador no es precooperativa ni cooperativa de trabajo asociado –CTA.- , ni empresa de servicios temporales –EST, art. 70, Ley 50 de 1990-, ni empresa dedicada al outsourcing , ya que su constitución y naturaleza es la de ‘entidad jurídica de naturaleza sindical y de tipo gremial con el objeto principal de propender la defensa de los intereses de la Especialidad<<médicos especialistas en cirugía y residentes de cirugía, Acta de constitución del 24 de agosto de 2011, f.533,c-2>>, la que una vez registrada, no hizo oferta mercantil ni hay orden de servicio correspondiente por HUV. Cuya vinculación comercial, entre estas demandadas, no es materia de este proceso.

Pero sí es importante que ASCIVAL Asociación gremial, se presente como contratista independiente, calidad que se debe estudiar a la luz de las reglas del contratista independiente o del simple intermediario, contempladas en los artículos 34 y 35 de la legislación laboral:

CST.,ART. 34.—Subrogado. D.L. 2351/65, art. 3°. Contratistas independientes. 1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.(...)”.

*CST.ART. 35.—Simple intermediario. 1. Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.
2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.
3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas.*

En el primer caso, al fungir como contratista independiente ASOCIACION GREMIAL O SINDICAL [ASCIVAL], que suministra cirujanos pediatras al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE ESE [HUV], mediados por el contrato colectivo sindical , convierte al HUV , por ser dueño y administrador de los servicios de III y IV nivel que presta a la comunidad de occidente, lo convierte en beneficiario directo y, a su vez, por ser ASCIVAL la intermediaria - con apariencia de contratista independiente-, que suministra cirujanos pediatras al HUV, lo hace solidario , siendo, por así decirlo, recíprocamente solidarios en materia laboral, por los salarios y prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores de la agremiación, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, que no es el caso de autos.

Lo que aclara con precisión el representante legal de ASCIVAL, al absolver interrogatorio de parte, HAROLD FERNANDO BOTERO GUTIERREZ, dice conocer al demandante como su docente y desde hace 20 años, quien trabaja y fue vicepresidente de la agremiación, y trabaja en HUV, desde 2012 como cirujano pediátrico en HUV<f.784,DVD, y f.782, c-3>, agregando que para la fecha de la diligencia y es muy posible de esta sentencia está vinculado por similar contrato colectivo sindical entre las partes HUV y ASCIVAL.

4.- La prueba analizada lleva a desvirtuar la calidad de contratista independiente de ASCIVAL, que no es patrono autónomo, porque ésta operaba enviando personal y, particularmente, envió a trabajar al demandante en las instalaciones de la empresa HUV, en Cali, en las instalaciones del hospital, dotaciones y elementos de labor que éste le suministraba; y en la doble relación jurídica, la del contratista no es autónoma técnica y directivamente, en que simplemente ASCIVAL suministra personal calificado y HUV lo recibe de acuerdo con su programación y le suministra sus propios medios –porque es empresa de servicios y su objeto social es salud de la comunidad- para que el medico demandante con esos medios y quirófano sobre pacientes seleccionados por el HUV ejerciera la cirugía pediátrica, por lo que se dan las tipificaciones que exige la doctrina, a saber:

“El artículo 34 contempla dos relaciones jurídicas. “Dos relaciones jurídicas contempla la norma transcrita, a saber: a) Una entre la persona que encarga la ejecución de una obra o labor y la persona que la realiza; y b) Otra entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza.

La primera origina un contrato de obra entre el artífice y su beneficiario y exige la concurrencia de estos requisitos: que el contratista se obligue a ejecutar la obra o labor con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, y de parte del beneficiario, que se obligue a pagar por el trabajo un precio determinado.

La segunda relación requiere el lleno de las condiciones de todo contrato de trabajo, que detalla el artículo 23 del estatuto laboral sustantivo.

El primer contrato ofrece dos modalidades así: 1ª La obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución; y 2ª Pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo. En el primer caso el contrato de obra sólo produce efectos entre los contratantes; en el segundo entre éstos y los trabajadores del contratista independiente.

Según lo expuesto, para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

Quien se presente, pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada. Son estos los presupuestos de derecho que en favor del trabajador establece la disposición legal en examen”. (CSJ, Cas. Laboral, sent. mayo 8/61, G.J. 2240, pág. 1032).

Es necesario desagregar elementos para entender la relación triangular que se presenta, en un ángulo el HUV, quien ejerce todo el dominio permanente y global, es dueño del capital, del instrumental, de los medios, en su esfera de dominio están los pacientes que aporta y selecciona, así como que programa para ser candidatos de acto médico, llámese consulta, acto quirúrgico, etc., por parte del médico remitido por ASCIVAL; el HUV establece relación jurídica por medio de un contrato colectivo sindical con ASCIVAL <que las partes no se atreven a denominar comercial ni civil, como tampoco laboral> para contratar el suministro de personal calificado en cirugía pediátrica -para el caso de autos-, por ASCIVAL y esta asociación gremial tiene como trabajador afiliado al sindicato al demandante, mediante un convenio de cooperación para la ejecución del contrato colectivo sindical HUV-ASCIVAL <que no denominan laboral -donde el sindicato ASCIVAL es el intermediario que suministra personal y que envía a las instalaciones del HUV al médico cirujano pediatra y demandante, a desarrollar actos médicos y así el HUV beneficiario de los servicios del médico, se cierra el triángulo, pero siempre, el dominante de toda la actividad de los agentes intervinientes es HUV, quien tiene el capital, la infraestructura, el ius variandi en determinar la cantidad de

horas/médico requeridos, en horarios/turnos programados, con un coordinador interno <que no desconfigura ni determina el triángulo ni la verdadera relación> que señala esa programación por contrato y por mes, la capacidad instalada, pone los pacientes y el dinero para pagar tales servicios en cuenta global y previa que debe enviar ASCIVAL, aquí los paga previa cuenta de cobro y aprobación con el visto bueno del interventor o auditor, paga directamente a ASCIVAL, quien finalmente gira valor pactado hora/\$70.000 por atención en urgencias, turnos en consulta, interconsulta y actos médicos de cirugía pediátrica, no importando quien hace el pago bien por delegación o giro de cuentas, pero al fin de cuentas con dinero que sale de las arcas del HUV.

Fraguándose así que el beneficiario de las labores del médico demandante es el HUV, cualquiera que sea la coordinación y programación que exija a los miembros de la agremiación<se itera, cuya intervención no determina ni desconfigura las relaciones triangulares>, pero siempre serán las personas que ponen al servicio del HUV y sus pacientes, seleccionados y preparados por personal propio de planta o contratado por el HUV, como son los anesthesiólogos, el personal de enfermeras, instrumentadoras, auxiliares, insumos, atención en la hospitalización, etc. Configurándose una típica relación personal con horarios de 7am. A 7pm. O de 7pm. A 7am. y traslapada la subordinación del demandante -en el caso de autos-, porque ésta siempre se da donde hay prestación de servicios de una persona y en este caso profesional a favor de las labores misionales e institucionales del aprovechador, tomador y usuario de aquellos servicios, cualquiera que sea la forma en que coordine los servicios.

5.- Y otro elemento que desconfigura el carácter de contratista independiente de ASCIVAL, es que la labor que realizaba el demandante no es ajena al objeto social del HUV como hospital de III y IV nivel de complejidad de salud en la región de occidente, quien presta la capacidad instalada, los equipos, quirófanos, insumos, anestesia, personal asistencial como anesthesiólogos, insumos, enfermeras, instrumentalistas, enfermeras auxiliares y enfermeras encargadas en la atención del post- operado en período de convalecencia o de recuperación, en los servicios de hotelería que asume el HUV., luego allí existe solidaridad plena de las demandadas.

6.- Entonces, esta situación real ubica la relación de las partes en el texto del artículo 35,CST,

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

Para lo cual es clarificadora la sentencia del 27 de octubre de 1999, al decir:

“El asunto medular materia de elucidación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es saber cuándo se dan los elementos configurantes del instituto de la intermediación, dado que la parte recurrente la invoca con persistencia por considerar que se tipifica en el sub examine. Es innegable que ese tema constituye uno de los más elevados vericuetos en el derecho del trabajo colombiano, pues en ocasiones resulta verdaderamente complejo determinar si se está en presencia de él o de figuras cercanas

o similares como la representación patronal, el contratista independiente y las empresas de servicios temporales.

Aun cuando no es dable sentar en esta materia criterios rígidos, en especial cuando se da una pluralidad de los síntomas característicos de estas figuras, nuestro derecho positivo contiene algunas pautas sobre el particular. Así, la figura del simple intermediario está regulada en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, que es del siguiente tenor:

“Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

Se consideran como simples intermediarios, aún cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en las cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”.

Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la ley colombiana (D. 2351/65, art. 1º) considere al intermediario <al> “representante” del empleador.

La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.

Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas”. (CSJ. Sent. 12.187, oct. 27/99, M.P. José Roberto Herrera Vergara).

Por la forma de operar de ASCIVAL, en su relación contrato colectivo sindical con la entidad beneficiaria HUV, meramente de intermediación para suministrar médicos cirujanos -pediatría, es indudable que aflora a los autos la segunda hipótesis planteada por la CSJ-Laboral, ya que la primera simplemente concibió al demandante como afiliado sindicalista <en una apariencia de contrato o convenio de cooperación para la ejecución del contrato colectivo sindical celebrado entre la agrupación de cirujanos del valle, Asociación Sindical y el demandante, con el HUV(f.363,c-2)> y lo ubicó en las instalaciones del HUV, para que en los locales, equipos, quirófanos, instrumental, anestesia, insumos, anesthesiólogos, enfermeras, instrumentalistas, enfermeras auxiliares y con hotelería a cargo del hospital, éste le suministró, para que el médico desarrollara las labores asignadas dentro del objeto social del HUV y bajo las órdenes y subordinación del mismo, según necesidades, horarios, turnos, jornadas y pacientes suministrados/programados y seleccionados por el HUV, ya que el HUV en cada CONTRATO SINDICAL COLECTIVO ASCIVAL-HUV entre las dos entidades <contratos de ASCIVAL y HUV celebrados a partir del 01-mayo-hasta 31-julio-2012 y así sucesivamente celebrados por un mes o por dos o por tres meses, expresamente y por escrito, hasta el contrato C15-013 del primero (01) de enero al 31 de

marzo de 2015<f.357 a 366>, y otros contratos< f.82 a 300 del c-1 y f.301 al 366, C-2>, en lo que concierne al actor, como son contratos formato>, consagra en la CLAUSULA QUINTA: *OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE: Son obligaciones del CONTRATANTE<HUV> las siguientes a) Colocar a disposición de los profesionales designados por el CONTRATISTA, las instalaciones físicas, muebles, equipos, instrumental médico e insumo necesarios para la ejecución contractual; b) Establecer los procedimientos para la recepción de los pacientes y coordinar la atención respectiva ; c) Contar con un área para admisiones de pacientes, con el personal administrativo necesario; d)Pagar las cuentas de cobro que presente EL CONTRATISTA debidamente firmadas y legalizadas, previo su trámite y viabilidad de las mismas por parte del supervisor del contrato; e) El HOSPITAL se reserva el derecho de exigir a la agremiación el cambio de personal para la prestación del servicio por el no cumplimiento de las obligaciones o de falta de calidad del servicio o por el incumplimiento de los protocolos y guías de atención que tiene la institución <f.363,c-2>.*

Esto conduce a concluir que el beneficiario del servicio se obligaba a suministrar todos los insumos, equipos, instrumental, quirófanos, anesthesiólogo, personal que asiste al médico cirujano-pediatra-actor para realizar el acto médico quirúrgico, luego, la intermediación es meramente aparente, y en el fondo ambos ASCIVAL y HUV son sabedores que estaban en la realidad frente a una relación laboral traslapada frente al trabajado y el HUV, tanto así, que la entidad dominante HUV exige a ASCIVAL en la cláusula sexta garantías a la agremiación sindical que el contratista ASCIVAL además de las pólizas de cumplimiento del contrato, de responsabilidad civil extracontractual, la póliza de CUMPLIMIENTO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES en cuantía del cinco por ciento (5%) del valor del contrato, y su término será el correspondiente al plazo pactado y tres(3) años más <el término prescriptivo de las obligaciones laborales, arts. 488,CST y 151,CPTSS; f.363, c-2>;

Es importante, recalcar como HUV en todo momento conservó el dominio financiero, administrativo, manejo, dirección, competencia y capacidad para impartir instrucciones al medico-cirujano pediatra, en cualquier tiempo, al reservarse en clausula primera, parágrafo II *'según la necesidad del servicio del HUV, las horas distribuidas para cada UES podrán ser modificadas entre las UES objeto de la ejecución del contrato, previa solicitud del subdirector de la UES, con el visto bueno del supervisor del contrato, sin que implique adición del valor del mismo,...'*<f.361,Contrato C15-013 interinstitucional, c-2>. Es el ius variandi en acción, teniendo en cuenta que la contraprestación económica se tasa por evento <adscripción> que involucra los honorarios del médico cirujano y pediatra, de acuerdo con la programación de cada paciente por parte del Jefe UES del HUV<f.361,c.2>. Se habla de propuesta del contratista ASCIVAL, pero en autos no está acreditada.

AUSENCIA DE REQUISITOS DE REGISTRO DE CONTRATO C15-013 Y CONVENIO DE COOPERACIÓN

Las reglas legales relacionados con el contrato colectivo sindical y su respectivo reglamento de COOPERACION DE PARTICIPACION, en el caso concreto de autos, son inexistentes porque se violan probatoriamente reglas de los pertinentes registros, como son:

- i) No está demostrado que el contrato C15-013 del primero (01) de enero al 31 de marzo de 2015<f.357 a 366>, se haya registrado ante la oficina pertinente del Ministerio de trabajo;
- ii) Tampoco está demostrado que haya convenio PARTICIPATIVO, entre ASIVAL y el médico demandante, esté registrado en la oficina competente del Ministerio de Trabajo correspondiente, para ejecutar el contrato C15-013 del primero (01) de enero al 31 de marzo de 2015<f.357 a 366>;
- iii) No hay prueba de registro en la oficina competente, conjunta o separadamente del CONTRATO COLECTIVO SINDICAL C15-013 del primero (01) de enero al 31 de marzo de 2015<f.357 a 366>, junto con CONVENIO DE PARTICIPACIÓN entre ASCIVAL y el demandante, específicamente para ejecutar el citado contrato colectivo sindical;
- iv) A lo anterior, sin profundizar en la materia, se agrega que la agremiación de cirujanos pediatras, perdió sus funciones naturales y consustanciales a la de organización de trabajadores o de SINDICATO DE GREMIO<arts. 373 y 374,CST.>, porque su única finalidad en la fundación era constituirse en ASCIVAL para poder celebrar contrato colectivo sindical con HUV, como esta institución lo exigió en persona del director de 2010, para poder seguir sus miembros devengando directo o indirectamente remuneración de los fondos de HUV y poder laboral en las instalaciones del hospital. Tanto así, se desprende del interrogatorio de parte del dr.HAROLD FERNANDO BOTERO GUTIERREZ es que prácticamente desde la fundación de ASCIVAL únicamente ha celebrado contrato colectivo sindical con el HUV, y jamás en su existencia ha ejercido las múltiples funciones y finalidades que todo sindicato se propone y realiza, como por ejemplo, presentar pliego de peticiones y firmar CCT, jamás han firmado convención alguna con HUV. Es un Sindicato pantalla, para intermediar como simple mediador <art.35,CST.> en las relaciones obrero patronales de los extrabajadores de HUV con el mencionado hospital, en los servicios de cirugía pediátrica.
- v) No están acreditadas las pólizas que debieron constituir HUV y ASCIVAL para garantizar el cumplimiento del contrato colectivo sindical C-15-013 y en especial ASCIVAL para garantizar sus obligaciones laborales in extenso frente

a los médicos participantes y enviados en misión al HUV, por lo que debe, responder solidariamente <art.483,CST. Y C-15-013 a f.357 a 366,C-2>.

Al no estar demostrado en autos, lo que incide en la validez y, por ende, existencia probatoria de dichos actos y en su conjunto del CONTRATO COLECTIVO SINDICAL con el respectivo CONVENIO DE PARTICIPACIÓN, esto conlleva a que no está probado el referido CONTRATO COLECTIVO SINDICAL C15-013 del primero (01) de enero al 31 de marzo de 2015 <f.357 a 366>, entre HUV y ASCIVAL, como tampoco del contrato COOPERATIVO DE PARTICIPACIÓN, la ejecución del primero, significa que no existe contrato COLECTIVO SINDICAL entre HUV y ASCIVAL, ni CONVENIO DE PARTICIPACION entre ASCIVAL y demandante, del primero (01) de enero al 31 de marzo de 2015<f.357 a 366>.

El contrato colectivo sindical, se itera, se rige tanto por las reglas de los artículos 482,483,CST., este en el sentido que las partes deben constituir caución suficiente, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en pleno, entre ellas y el sindicato respecto de sus afiliados; si no se constituyere, se entiende que el patrimonio de cada contratante responde de las respectivas obligaciones y bajo las reglas del decreto 1429 de 2010, conlleva que se condene a HUV y ASCIVAL, solidariamente, y ,por consiguiente, hace relevante que se insista estar frente a una relación de prestación personal de servicios para el HUV mediada con la intermediación simple de ASCIVAL, en escenario de la realidad de los hechos <art.53,CPCo. y art.23,CST>.

Lo analizado son elementos o indicios graves, del vínculo laboral que involucra a todos los agentes de la tercerización, y en particular al HUV y el demandante, y que esa prestación personal de servicios médico-cirujano pediátrico -que no niega la demandada HUV, como tampoco ASCIVAL, que sí los prestó-, que la primera entidad hubiese tenido una persona o jefe que dirigiera o coordinara las actividades del demandante en las instalaciones de la beneficiaria HUV, denominado coordinador o director de UES, quien programa los pacientes, los selecciona, los prepara, elabora la programación de cirugías, los turnos, horarios y que instruye al médico/hora paciente-trabajador a través del coordinador externo de ASCIVAL, por lo que se configura el contrato realidad, cualquiera que fueran las formas y denominaciones que las partes demandadas le dieran a la prestación personal de servicios que realizó el demandante -que dice desde 01-mayo al 31 julio de 2012, con continuidad acreditada ,ininterrumpida, en lo que concierne al actor hasta 09 de marzo de 2015 y , a pesar que la jefe de recursos humanos del HUV, solicitara el 16 de enero de 2015 a ASCIVAL no programar turnos al actor <f.401 a 403,c-2>, este continuo laborando en el HUV hasta el 09 de marzo-2015, fecha en que la citada empleada insiste ante ASCIVAL no programar turnos del demandante <hechos 14 a 18,f.4 y 5,c-1 y que ASCIVAL al contestar demanda acepta como ciertos, f.452,c-2>.

Esa solicitud de ASCIVAL nace del mismo contrato, porque HUV impuso al CONTRATISTA ASCIVAL la obligación'12. *Efectuar el cambio del personal médico que requiera el HUV, cuando no cumpla con las obligaciones del contrato, o el incumplimiento de los protocolos y guías de atención que tiene la institución, previa solicitud expresa del Subdirector respectivo de la UES y con el visto bueno del supervisor del contrato'*<f.362,c-2>.

Por supuesto, que ese cambio del personal médico que no requiera el HUV<en autos no se cumplió con la regla 12, descrita, pero es interpartes o inter-entidades>, para el demandante en autos, conllevaba, a pesar de ser el vicepresidente de ASCIVAL y sin respetarse el fuero que tal cargo le da en la Junta Directiva, la desvinculación del listado de turnos o sea quedarse sin asignación de horas/médico y turnos, muerte laboral, y efectivamente así ocurrió en autos, entonces es un despido provocado, generado y pedido por HUV.

FUERO SINDICAL DE VICEPRESIDENTE DEL ACTOR A ASCIVAL

Conforme a los elementos probatorios analizados, surge diáfamanamente que el demandante prestó sus servicios a la empresa HUV, del sector SALUD PÚBLICA, y en esa calidad de prestar servicios personales a un HOSPITAL PÚBLICO –cualquiera que sea el mecanismo de vinculación o de intermediación de terceros-, son servicios en labores misionales propias del HUV y, por lo tanto, la afiliación a la ASOCIACION DE CIRUJANOS DEL VALLE, O AGREMIACION SINDICAL 'ASCIVAL' , produce todos los efectos constitucionales y legales, analizados al inicio, en materia de ejercicio del derecho fundamental de asociación sindical (art.39,CPCo.), estando debidamente demostrada la existencia del sindicato (f.24), sus estatutos (f.43 a 72, c-1), tanto frente a ASCIVAL como frente a las instituciones, en este caso HUV, que en su actividad misional emplee los servicios de médico cirujano pediatra del amparado con el fuero, pues, al establecerse y hacerse en un ambiente de prestación personal de servicios, mediados por ASCIVAL, se constituye en ente obligado a respetar y acatar el fuero, por los efectos irradiantes del amparo constitucional.

Legal y válido es el nombramiento del demandante como miembro de la Junta Directiva en el renglón dos , vicepresidente de la organización sindical, ASCIVAL, no siendo competencia de las empleadoras ni del juez cuestionar tal acto de soberanía sindical, porque la doctrina internacional y la nacional y NIT de la OIT , ya vistas, impiden toda injerencia en la autonomía sindical, que para la publicidad y vigencia del fuero sindical, y la consecuencia práctica, en el amparo constitucional, éste surge a la vida jurídica a partir de la notificación al

empleador o demandadas, lo que está acreditado en autos y no tachada ni objetada la documental por las demandadas, de pleno conocimiento de HUV y ASCIVAL, en momentos que para celebrar el contrato colectivo sindical el No. C15-013 del 01-enero al 31-marzo-2015, el demandante ya fungía como Vicepresidente de ASCIVAL <f. 357 a 366, c-2> y al actor le terminaron la prestación del servicio por cesación de programación de turnos a partir del 09-marzo de 2015<f.401 a 403,c-2>.

CONOCIMIENTO DEL HUV DEL FUERO DEL DEMANDANTE

De todo el acervo documental si surgen, además de las pruebas directas antes citadas, un cumulo de indicios graves que el demandante si prestó sus servicios personales de médico cirujano -pediatra en el HUV y que en contexto del Contrato Colectivo Sindical C15-013 del 01-enero al 31- de marzo de 2015, que era de conocimiento del HUV que el demandante era Vicepresidente de la Junta directiva de ASCIVAL como agremiación sindical de primer grado y de gremio <f.539 y f.537,c-2, constancia el 31/10/2012 de depósito de cambios junta directiva para el 22/02/2013, en que el actor figura segundo renglón de la Junta directiva como vicepresidente de ASCIVAL>, como quiera que firma varios reglamentos de ejecución de varios contratos colectivo sindicales, por supuesto de forzoso conocimiento de HUV, porque sin ellos no puede pedir ni recibir personal en remisión y ejemplo de ello es el REGLAMENTO PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO COLECTIVO SINDICAL No.C14-013 YC14-015 CELEBRADO CON EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA ESE Y LA AGREMIACION DE CIRUJANOS DEL VALLE DEL CAUCA. ASOCIACION SINDICAL-ASCIVAL<f.38 a 42,c-1, aprobado en Asamblea general del 29 de agosto de 2011, y firmado por Presidente DR.HAROLD FERNANDO BOTERO G. y Vicepresidente de ASCIVAL, DR. WILLIAM CARDOZO MONDRAGON, al f.42 y es el reglamento utilizado para todos los contratos desde esta fecha> y obviamente el mismo utilizado para reglar el CONTRATO COLECTIVO SINDICAL C-015-013<f.357 a 366,c-2>, por supuesto que es de conocimiento del director y de las autoridades del HUV desde 2011, no hay duda, y una forma de informar y comunicar la existencia de fuero en calidad de vicepresidente del demandante, es por el ejercicio del cargo de Vicepresidente de ASCIVAL; y para el lapso en que prestó tales servicios era de conocimiento del HUV que era aforado en segundo renglón como Vicepresidente de ASCIVAL, y también al generarse comunicación de Jefe de recursos humanos del HUV, estaba prestando servicios en turnos diurnos, y el representante legal le comunica al actor el 09 de marzo de 2015<f.401 a 403,c-2>, ...

Abunda y precisa en materia de prueba de ese conocimiento a cargo del HUV lo que prescribe el parágrafo 2, art.406,CST, con reforma art.12, Ley 584 de 2000 *"parágrafo 2.Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva..., o con la copia de la comunicación al empleador"*.

Entonces, no existiendo formalidad de la prueba ni términos preclusivos para que el patrono tuviera conocimiento del fuero de directivo del demandante, existiendo libertad en la prueba, que el empleador si tenía conocimiento del fuero sindical, pues, si celebra un contrato colectivo sindical con una agremiación sindical, parte de la legalidad que como todo sindicato es legalmente constituido, que tiene unos dignatarios de junta directiva que orienta a la agremiación en sus actuaciones, a través de un presidente, un vicepresidente, un tesorero, un fiscal, un secretario y sus respectivos

suplentes, y como lo indica la certificación sobre Registro de la nueva Junta Directiva contenida en el Acta No.249 del 22 de febrero de 2013, ordenado por el entonces inspector de trabajo de la Dirección Territorial del Trabajo del Valle del Cauca, que quedó... Presidente HAROLD BOTERO... Vicepresidente William Cardozo...<f.26,c-1 y 32 a 36 >; agregase que esta Junta de ASCIVAL firma contrato colectivo sindical C15-013 con el HUV ; y que estos dignatarios firmaron el reglamento para la ejecución del contrato colectivo sindical No.C14-013 y C14-015 celebrado con el Hospital Universitario Del Valle Evaristo Garcia Ese y la agremiación de cirujanos del valle del cauca. ASOCIACION SINDICAL-ASCIVAL<f.38 a 42,c-1, aprobado en Asamblea general del 29 de agosto de 2011, y firmado por Presidente DR.HAROLD FERNANDO BOTERO G. y Vicepresidente de ASCIVAL, DR. WILLIAM CARDOZO MONDRAGON ,al f.42>, por supuesto que es de conocimiento del director y de las autoridades del HUV desde 2011,no hay duda, y una forma de informar y comunicar la existencia de fuero en calidad de vicepresidente del demandante, es por el ejercicio del cargo de Vicepresidente de ASCIVAL.

Se itera, por el desarrollo del contrato colectivo sindical , al ser firmado por el director del HUV el C-15-013 del 01 de enero al 31 de marzo de 2015 <f.357 a 366,c-2>, el director debe exigir la existencia de ASCIVAL, el reglamento de ejecución que firmaron los dignatarios de Junta Directiva de ASCIVAL, del contrato colectivo sindical No.C14-013 y C14-015 , que es el mismo que utilizaron para firmar y ejecutar el el C-15-013 del 01 de enero al 31 de marzo de 2015 <f.357 a 366,c-2>, celebrado con el Hospital Universitario del Valle Evaristo Garcia ESE y la agremiación de cirujanos del valle del cauca. ASOCIACION SINDICAL-ASCIVAL<f.38 a 42,c-1, aprobado en Asamblea general del 29 de agosto de 2011, y firmado por Presidente DR.HAROLD FERNANDO BOTERO G. y Vicepresidente de ASCIVAL, DR. WILLIAM CARDOZO MONDRAGON ,al f.42>, luego, las autoridades y el director del HUV tenían ostensible conocimiento que el demandante actuaba en su calidad de vicepresidente de la Agremiación Sindical ASCIVAL, con fuero sindical desde 2011 y por supuesto que tenía HUV conocimiento de la existencia del fuero de directivo como vicepresidente de la junta directiva ASCIVAL, e independientemente de su condición o vinculación pública, ambas entidades HUV y ASCIVAL estaban obligadas a respetar el fuero y estabilidad que del mismo dimanaba, para el primero dar la orden el 16 de enero y 09 de marzo de 2015<f.401 a 403,c-2>, para no programar turnos/hora al demandante, lo que constituye violación del fuero en cabeza del demandante, cualquiera que sea su relación jurídica vinculante con HUV.

En efecto, en relación con el fuero sindical de un trabajador miembro de la junta directiva de una organización sindical, ha dicho la guardiana constitucional:

"Fuero sindical. Los trabajadores de dirección y confianza y los empleados públicos tienen fuero. Inexequibles las excepciones. "Es claro, para la Corte, que la sola circunstancia de ser empleado público, no es óbice para que una persona goce de fuero sindical. No obstante, la concurrencia de otras circunstancias sí puede inhibir la existencia del fuero. Tal sería: el ser funcionario o empleado que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, o cargos de dirección administrativa.

En tal caso, la limitación al fuero está justificada por la siguiente poderosa razón: en principio, el fuero se reconoce a los representantes sindicales, es decir, a quienes de algún modo son voceros naturales de la organización, en defensa de sus intereses. Tal es el caso, de la comisión de reclamos, y de los fundadores del sindicato. Ahora bien: los funcionarios o empleados públicos que se encuentran en la circunstancia atrás descrita, encarnan la autoridad estatal y personifican de manera directa los intereses que el Estado está encargado de tutelar. Sus actuaciones deben, pues, siempre estar informadas por la persecución de esos intereses, los que eventualmente pueden resultar en conflicto con los intereses específicos y particulares que en un momento dado, la organización sindical persiga (C.P., arts. 2º, 123 inc. 2º y 209).

La inexequibilidad del inciso primero, que la Corte habrá de declarar, se cifra en el hecho evidente de que prohíbe el fuero, de modo general, para quien sea empleado público y por esa sola circunstancia.

En principio, a la luz de la Constitución de 1991, como atrás se dijo, no hay restricción al fuero para los representantes de la organización sindical. Tal circunstancia abona la inconstitucionalidad del ordinal 2º del artículo 426 demandado. No obstante, para esta categoría de trabajadores podría el legislador válidamente introducir restricciones excepcionales y específicas, en cuanto puedan verse avocados a un conflicto de intereses sindicales y patronales, derivado de su particular posición en la empresa". (C. Const., Sent. C-593 dic. 14/93, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Y en cuanto al retiro o su equivalente despido, cualquiera que sea la forma que se utilice para dejar fuera del servicio al aforado en la entidad dominante del servicio, ha dicho:

"Retiro del servicio de un empleado público aforado. Se requiere previa autorización judicial así se trate de una causa legal. "Para el caso de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, los artículos 410 y 411 ibídem se ocupan de señalar cuándo existe justa causa para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero y en qué eventos expresamente puede despedirse al trabajador cobijado por el fuero sindical sin que sea necesaria la calificación judicial previa, v. gr., cuando el contrato es a término fijo o para la realización de determinada labor.

Respecto de los empleados públicos vinculados por una relación legal y reglamentaria, el legislador no se ha ocupado de señalar en qué eventos existe justa causa, ni en cuáles no sería necesaria la calificación judicial previa, como si lo ha hecho respecto de los trabajadores vinculados por contrato, por lo tanto, se considera por esta corporación que de una parte, corresponde al juez laboral calificar si la causal de retiro constituye o no justa causa, calificación que deberá ser debidamente motivada y de otra parte, procede la calificación judicial previa en todos los casos en que se produzca el retiro del servicio, por cuanto la ley en este sentido tampoco ha establecido excepciones.

En el presente caso tenemos que el actor tiene la calidad de empleado público y se encuentra inscrito en carrera administrativa, para cuyo evento, la misma ley consagra en forma expresa la obligación para la entidad estatal de levantar el fuero sindical previamente al retiro del servicio, cuando quiera que se trate de un empleado aforado y sin que se prevea excepción alguna. Es así como el artículo 147 del Decreto 1572 de 1998 reglamentario de la Ley 443 de 1998 establece que "para el retiro del servicio de empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de las causales contempladas en la ley, debe previamente obtenerse la autorización judicial correspondiente". Por lo tanto, no es válida la afirmación del juez de segunda instancia en el sentido de indicar que frente a la causa legal de supresión del cargo no procede la calificación judicial". (C. Const., S. Primera de Revisión, Sent. T- 1334, dic. 10/2001, M.P. Jaime Araujo Rentería) (§ 4955).

Conocida la condición de miembro de la Junta Directiva de ASCIVAL del actor, de conocimiento de HUV y ASCIVAL, nace cristalino el fuero sindical y la obligación para la parte empleadora e intermediaria de no despedir, desmejorar o trasladar al trabajador sin permiso judicial (art.405,CST, 114,CPTSS) , de manera directa o indirecta instrumentalizando a la Agremiación sindical ASCIVAL, por lo que para la desvinculación o impedir el que el galeno siga prestando turnos en el HUB o típicamente el despido<f.401 a 403,c-2>, que en autos ninguna de las entidades convocadas a juicio realiza trámites internos <en cumplimiento del reglamento para la ejecución del contrato colectivo No. C15-013 del 01-enero al 31-marzo-2015, como tampoco haber pedido autorización al juez para despedir<art.113,CPTSS>, no existiendo en autos el permiso pertinente ni por la empresa HUV como tampoco por ASCIVAL, la no programación de turnos para el médico cirujano

pediatra demandante, en autos deviene violatoria de la estabilidad reforzada por garantía constitucional del fuero sindical, pues, se desconoce los motivos o causas que no invoca ni HUV al dar la orden de no programar turnos al demandante ni de ASCIVAL al comunicar la determinación<f.401 a 403,c-2>, que obliga a que se debe acceder a los pedimentos del actor, a condenar al HUV a reintegrar al demandante al mismo cargo y condiciones que tenía para el 09 de marzo de 2015<f.401 a 403,c-2>, sin solución de continuidad, y condenar solidariamente a la empresa HUV y a ASCIVAL al pago de salarios legales< a razón de \$12.206.451 mensuales >, reajustados anualmente, las primas legales compatibles con el reintegro, vacaciones, auxilio de cesantía, intereses sobre éstas, aportes por IVM, indexadas , desde la citada fecha hasta el reintegro efectivo.

Por lo que se ha de revocar la sentencia absolutoria, para condenar.

No hay lugar a la prescripción o caducidad de la acción<f.436,c-2>, porque ocurrido el acto de jefe de relaciones humanas del HUV, por orden del Director, en que por correo electrónico comunica al representante legal de ASCIVAL el no programar turnos al demandante , significativo y equivalente a la ruptura o desvinculación de toda prestación del servicio del galeno a partir del 09 de marzo de 2015<f.401 a 403,c-2>, hizo el actor reclamación a la demandada HUV el 29 de abril de 2015<f.73,c-1>, la demanda se presentó el 24-junio-2015<f.20,C-1> , dentro de los dos meses a aquel(art.6º,Dec.204/57 y art.118-A,CPTSS y adicionado por art.49, Ley 712 del 05-12-2001). No prosperando ninguna excepción, dadas las resultas del juicio.

ADVERTENCIA A LAS PARTES Y EN ESPECIAL A LAS DEMANDADAS QUE TODOS SUS ALEGATOS FUERON ANALIZADOS Y ESTUDIADOS

Todas las posiciones de las partes, en especial de la(s) accionada(s), fijadas a lo largo del proceso, contestación y excepciones, alegaciones de instancia en respuesta y en el momento respectivo de alegatos así como los presentados para esta instancia -de existir-, quedan analizados y estudiados en las respuestas que en texto y contexto de esta providencia, se le da a cada ítem y temas que plantearon las demandadas, de manera implícita o expresa en lo que concierne a cada pasiva -y actora- , que acatando prohibición de transcribir o reproducir, nos exime de reproducir<conforme al art.187 CGP.>, se tuvieron en cuenta en las argumentaciones y conclusiones finales. Anotando que la conducta procesal de las pasivas fue de inactividad probatoria <art.280, CGP.>, a lo que se debe que no haya prosperidad de las excepciones ni de sus afirmaciones -en derecho no basta con afirmar, es fundamental afirmar y probar/demostrar lo afirmado> por carecer de argumentos probatorios nuevos en esta instancia.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, en Sala Quinta de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la apelada sentencia absolutoria No.122 del 29 de mayo de 2019, para en su lugar, previa declaratoria de no prosperar ninguna excepción, **CONDENAR** a la empresa **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA E.S.E. 'HUV'** a **REINTEGRAR** al demandante **WILLIAM CARDOZO MONDRAGON**, de datos civiles conocidos en autos, al mismo cargo y condiciones que tenía para el 09 de marzo de 2015<f.401 a 403,c-2>, sin solución de continuidad; y **condenar solidariamente** a la empresa **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA E.S.E. 'HUV'** y a la **ASOCIACION SINDICAL DE CIRUJANOS DEL VALLE -ASCIVAL ORGANIZACIÓN GREMIAL>** al **PAGO** de salarios legales, reajustados anualmente, las primas legales compatibles con el reintegro, vacaciones, auxilio de cesantía, intereses sobre éstas, aportes por IVM, indexadas , desde 09 de marzo de 2015<f.401 a 403,c-2> hasta el reintegro efectivo.

SEGUNDO.- COSTAS de ambas instancias, a cargo de la parte demandada HUV y ASCIVAL solidariamente y a favor del demandante. Las de la instancia tásense por el a-quo y fíjense un millón a cargo de cada condenada por agencias en derecho en esta instancia. **LIQUÍDENSE** <art.366,CGP.> Y **DEVUELVA**SE el expediente a la oficina de origen.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE por el medio más expedito, en tiempos de pandemia, vía TIC's, enviando vía e-mail a las partes este proveído conforme a los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000 y 806 del 04 de junio de 2020 y **ENVIESE** esta providencia para notificar a las partes a su e-mail y **COMPARTASE** por ssalbcali@cendoj.ramajudicial.co el vínculo con las partes e intervinientes. Déjense las constancias de recibido y del iniciador recepción acuse de recibo <art.291,inc.6,CGP.>.

CUARTO.- Contra esta decisión no procede ningún recurso.

APROBADA EN SALA DEL 30-06-2021. NOTIFICADA EN LINK DE SENTENCIAS Y POR EDICTO ART.41, LIT.D) CPTSS.

OBEDÉZCASE y CUMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

016-2015-00415-03



MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO

016-2015-00415-03



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

016-2015-00415-03