UNIVERSIDAD SANTO TOMAS – INSTITUTO DE POSTGRADOS

MAESTRIA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TUTOR

Dr. JAVIER GONZÁLEZ MC'MAHÓN

Abogado, Magíster

ESTUDIANTE

FREDY RICARDO INTRIAGO BOGOTÁ

fredyintriago@yahoo.es

Cel. 312-3684773

BOGOTÁ D.C.

2015

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS. – INSTITUTO DE POSTGRADOS

TITULO PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

**LA CLÁUSULA ABUSIVA DE RETENCIÓN DE HONORARIOS Y SUS
EFECTOS, EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE PRESTACIÓN DE
SERVICIOS DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – ESE FONTIBÓN Y
ESE CHAPINERO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ.**

**Tesis para optar por el grado de la maestría en Derecho Contractual Público y
Privado**

FREDY RICARDO INTRIAGO BOGOTÁ

Tutor: Javier González Mc'mahón

BOGOTÁ D.C.

2015

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO I.....	11
1. CLÁUSULAS ABUSIVAS Y POSICIÓN DOMINANTE DE LA ADMINISTRACIÓN. .	11
1.1 ANTECEDENTES AL CONCEPTO DE LA CLÁUSULA ABUSIVA.	11
1.2 ACERCAMIENTO CONCEPTUAL Y REFERENTES TEÓRICOS DE LA CLÁUSULA ABUSIVA.....	13
1.3 RECUENTO SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA Y SU APROXIMACIÓN EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS.	16
1.3.1 ACERCAMIENTO EN LÍNEA JURISPRUDENCIAL A LA TEORÍA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	28
1.4 EL EJERCICIO DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL DEL ESTADO..	38
CAPITULO II.	44
2. LAS RETENCIONES EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.....	44
2.1 LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PÚBLICO.....	44
2.2 FUNCIÓN ECONÓMICA DE LAS RETENCIONES.....	51
2.3 INCORPORACIÓN DE LAS RETENCIONES EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.	54
CAPÍTULO III.....	59
3. LAS CLÁUSULA DE RETENCIÓN PARA PROVISIÓN DE GLOSAS.....	59
3.1 DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LA GLOSA: NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO LEGAL DE LA RETENCIÓN.	59
3.2 ANÁLISIS TRIBUTARIO FRENTE A LAS RETENCIONES.	66
3.3 ANÁLISIS CONTRACTUAL FRENTE A LAS RETENCIONES.....	70
3.4 JURIDICIDAD DE LA “CLAUSULA DE RETENCIÓN PARA PROVISIÓN DE GLOSAS” FRENTE A LA IGUALDAD Y EQUIDAD CONTRACTUAL.	82
3.4.1. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD.	94
CAPÍTULO IV.....	102
4. LA CLÁUSULA VEJATORIA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS.....	102
4.1 EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CONDICIÓN VEJATORIA DE LA CLÁUSULA.	102
4.2 ACCIONES LEGALES Y PROPUESTA JURÍDICA.	106
CONCLUSIONES	108

ANEXOS.	117
BIBLIOGRAFÍA.....	122

INTRODUCCIÓN.

En el marco de la Contratación en Colombia, el contrato de prestación de servicios con personas naturales es el más representativo, y dentro de este, encontramos ciertas cláusulas que en la práctica podrían ser consideradas como abusivas a las luces de los marcos jurídicos actuales.

En efecto, el tema de las cláusulas abusivas ha sido considerado como un régimen disperso y de regualción mínima, (Gual, 2008), actualmente se debe reconocer su integración sistemática frente a servicios públicos (Ley 142 de 1994) y derecho de los consumidores (Ley 1328 de 2009 y 1480 de 2011), sin embargo, la escasa producción doctrinaria y jurisprudencial, la cual se enfoca fundamentalmente al sector privado, ha dificultado su estudio en esenarios de derecho contractual público como el que se aborda.

En el estudio sobre las cláusulas abusivas en Colombia, surgen otros problemas entre tanto la falta de claridad normativa impide por un lado determinar las sanaciones específicas aplicables, y por el otro, las posibles consecuencias contractuales que estas puedan generar (Suecún de Roa, 2009).

En esa medida y haciendo énfasis de la falta de estructura normativa, el estudio de las cláusulas abusivas no ha sido profundo en materia de contratación estatal y sus diferentes variaciones (Gual, 2009).

Bajo preceptos como: “parte débil del contrato”, “desequilibrio de derechos y obligaciones”, “posición de dominio contractual” y “clausulas predispuestas”, entre otros,

ha surgido la tipología jurídica de cláusulas abusivas, para hacer referencia a aquellas que en violación de postulados y principios limitativos al ejercicio de la voluntad privada, afectan y perjudican de manera desproporcionada a una de las partes.

Tales preceptos que configuran el abuso de posición dominante contractual y cláusula abusiva permean el universo de las relaciones contractuales, y no son ajenos a aquellas relaciones en que interviene el mismo estado a través de sus órganos o entidades, cuyo control y tratamiento debe ser abordado de manera decidida para establecer sus alcances y consecuencias jurídicas.

En este sentido, a partir de contratos específicos celebrados en los años 2014 y 2015 por Empresas Sociales del Estado de la ciudad de Bogotá con particulares, se genera la incertidumbre jurídica frente a lo que para efectos del presente trabajo denominaremos “cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas” la cual es generalmente incorporada en la cláusula de pago a modo de párrafo, a título de ejemplo, del siguiente tenor: Cto. 743 de 2014. *“Párrafo: provisión de glosas: se retendrá con carácter provisional el 2% del valor del pago mensual como provisión de glosa, mientras se realiza la respectiva auditoría de cuenta interna”*.

Dicha incertidumbre se vislumbra respecto a si en tales actos contractuales, específicamente en la “cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas”, se está frente a lo que se denominan cláusulas abusivas, entendiéndose éstas como resultado de un ejercicio abusivo de la posición dominante de negociación contractual, y a partir de ello, desde lo público, determinar sus efectos jurídicos.

Así efectivamente, la posición de dominio contractual entre las diferentes partes acordantes dentro de un contrato, ha sido uno de los principales asuntos que han direccionado el estudio sobre los principios de igualdad y equidad, colocando a la parte afectada en una posición en extremo gravosa, y en este contexto, el tema de las cláusulas abusivas a preponderando en el estudio particular de la relación contractual (e.g. financiero, telecomunicaciones, servicios domiciliarios.).

En esa medida, ha existido cierta precariedad para el estudio sistemático de este tipo de cláusulas en el derecho colombiano en general, y particularmente, en el marco de la contratación estatal frente al análisis en cuanto la utilización de dichas cláusulas.

Las cláusulas abusivas pueden estar contenidas en contratos “*discrecionales o predispuestos; de derecho privado o público, de libre configuración interna o controlados por el Estado*”. (Stiglitz, 2012, pág. 21)

En el ámbito de la contratación estatal y específicamente en la contratación de prestación de servicios con personas naturales, puede llegar a ser evidente por parte de la entidad estatal, la vulneración a postulados como el de equidad, sobre el cual emerge el equilibrio de las cargas prestacionales del contrato, característico de los contratos sinalagmáticos.

Como bien lo sustenta el proesor Rodríguez Yong, “*el fundamento para ampliar el campo de acción de la teoría de las cláusulas abusivas a contratos no adhesivos se encuentra en la finalidad misma de la teoría. Si esta ha sido concebida para controlar los excesos de aquellos que abusan de su libertad contractual, proteger a la parte del contrato que no ha intervenido en la fijación o determinación de su contenido y mantener el*

equilibrio y la justicia contractual entre las partes, no hay razón para restringir su aplicación a los contratos adhesivos, ya que en otro tipo de contratos, también es necesaria la consecución de estos objetivos” (Rodríguez, 2013, pág. 48-49)

La imposiciones contractuales desproporcionadas, emergen a partir del ejercicio evidente de una posición de dominio contractual de que goza la entidad; por consiguiente, la importancia de este trabajo de investigación radica en la precariedad y el poco estudio sobre la dificultad planteada, lo cual genera en primer lugar la producción de un conocimiento jurídico nuevo y problemático.

Así pues, se hace preponderante desde la óptica jurídica estudiar este tipo de prácticas inicuas, pero sobre todo, aportar en la estructuración normativa y en el análisis sistemático de ella.

Partiendo de lo anterior, se ha identificado en contratos estatales de prestación de servicios con personas naturales celebrados por las Empresas Sociales del Estado ESE Chapinero y ESE Fontibón de la ciudad de Bogotá, la estipulación de cláusulas inicuas que en detrimento desproporcionado del equilibrio de las cargas prestacionales afecta a la parte débil del contrato.

Lo anterior, contribuirá de manera directa en la producción analítica sobre este tema además de aportar a la dinámica contractual del Estado en la necesidad de dar aplicabilidad a los principios establecidos normativamente y a su regulación. Y de manera concreta, se analizarán de manera selectiva los contratos objeto de la investigación, y en efecto evidenciar si la retención efectuada constituye una práctica indebida, lo que implica una

construcción teórica y pragmática de la retención como mecanismo jurídico en el tema determinado.

Desde esta perspectiva, la investigación busca evidenciar por qué la cláusula de retención mensual de honorarios para la provisión de glosas fijadas en los contratos estatales de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado, ESE CHAPINERO y ESE FONTIBON, en la ciudad de Bogotá para las vigencias 2014 y 2015, se puede considerar como una cláusula abusiva.

En efecto, la presente investigación plantea cuatro momentos distribuidos en el establecimiento si en la dinámica contractual del Estado, específicamente en los contratos de prestación de servicios con personas naturales, podría ejercerse por parte de aquel una posición dominante de negociación contractual frente al contratista, en afectación al equilibrio de cargas contractuales y el principio de equidad; el análisis de la “cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas” pactadas en contratos de prestación de servicios celebrados por Empresas Sociales del Estado objeto de estudio, a partir de la retención como instrumento jurídico de recaudación, o de garantía de cumplimiento de una obligación; la demostración de la ilegalidad de la “cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas” en virtud de su fundamento como cláusula abusiva referente a la posición dominante de negociación contractual y por último, determinar los efectos jurídicos que se deriven de la eventual condición vejatoria de la “cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas”, con el fin de proponer cambios y modificaciones en dichos contratos.

Para finalizar, la presente investigación a nivel metodológico, tiene carácter jurídico-exploratorio, cuya función es la concatenación, la articulación y la composición de un fenómeno, en virtud de contribuir a procesos de problematización y análisis (Bernal, 2000, p.111). A su vez se trata del esclarecimiento a preguntas problema en el ámbito jurídico haciendo relacionamientos conceptuales y categóricos en función de la ciencia del derecho.

CAPITULO I.

1. CLÁUSULAS ABUSIVAS Y POSICIÓN DOMINANTE DE LA ADMINISTRACIÓN.

En el presente capítulo se realizara un proceso de conceptualización referente a la cláusula abusiva desde una contextualización histórica, teórica y jurídica a nivel general, además de una aproximación en el marco de la contratación estatal en Colombia.

1.1 ANTECEDENTES AL CONCEPTO DE LA CLÁUSULA ABUSIVA.

Dentro de los contratos existen diversas cláusulas que intervienen en el equilibrio de la relación contractual, es decir, aparecen ciertas condiciones predispuestas a partir de una de las partes por medio de formularios o formatos estándar conforme a lo cual, se define como cláusulas abusivas y nos permite identificar aquellas clausulas como abusivas, las “que entrañe en ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente pre redactado por el primero” (Valladares Vega y Valladares Vega, 1996).

En referencia a lo anterior, es en Estados Unidos donde se establecen los primeros antecedente de derecho comparado y por tanto las interferencias iniciales frente a las cláusulas que se consideran abusivas; es así como a partir de la expedición del Código Uniforme de Comercio (UCC) de 1962, se le permite a un juez anular dichas predisposiciones. A partir de esta iniciativa se empiezan a desplegar varios referentes en contra de las cláusulas abusivas, uno de ellos se encuentra en el sistema anglosajón por el

Reino Unido, desde la Consumer Protection Act hasta la directiva CE 13/93 que consagró un control preventivo (Gual, 2009, p. 18)

Cabe mencionar, que a partir de la Unfair Contracts Terms Act de 1977 se consagra cierta protección a los consumidores y profesionales que se ven enfrentados a las cláusulas limitativas de responsabilidad, donde se incluyen aquellas que se consideran abusivas y no admiten ningún tipo de discusión por su nivel de abuso, las cuales son denominadas irracionales y se encuentran en una lista negra. Ya en 1999, surgen regulaciones en la Unión Europea, vinculando cláusulas abusivas presentadas en contratos no negociados entre un profesional y un consumidor, donde imperan aquellas predisposiciones que determinan un desequilibrio normativo en detrimento del consumidor y contra de la buena fe, para lo cual añade una lista gris de cláusulas presuntamente abusivas.

Paralelamente, en Europa continental los sistemas jurídicos (*Civil law*) comenzaron a prestar atención entorno a los potenciales abusos contractuales que se podían cometer mediante la contracción por adhesión; es así, como aquellos países empiezan a adherirse a un régimen en el que se incluya la noción de cláusula abusiva, la forma de calificarlas como tal, la forma de control y la inclusión de un mecanismo de sanción eficaz.¹

Latinoamérica, por su lado, no se ha quedado atrás frente a la creación de una normatividad y reglamentación en torno al tema, es por esto que se dan ejemplos como Argentina a través de la Ley 24.240 de 1993 sobre defensa del consumidor y su decreto reglamentario 1798 de 1994; o Chile, donde se establecen normas sobre justicia contractual en contratos por adhesión con la Ley 19.496 de 1997 sobre protección de los derechos de

¹ Para una aproximación al contexto histórico y global de las cláusulas abusivas, puede consultarse a Gual, José. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. Revista Iusta (30). Universidad Santo Tomas.

los consumidores. En cuanto a Perú, con el Código Civil de 1984, la Constitución Política de 1993 y el Decreto 1716 de 1991 o Ley de Protección al Consumidor, se dan los primeros pasos para el control de las cláusulas abusivas.

No obstante, y a pesar de que algunos países latinoamericanos no han desarrollado normatividades específicas frente al control de las cláusulas abusivas, sí se han desarrollado pasos a través de la jurisprudencia que permiten visibilizar criterios para estipular una cláusula como abusiva, al valerse del principio de la buena fe y al concepto de orden público para controlar dichos abusos de alguna manera, con la finalidad de mantener el equilibrio de las prestaciones.

Se debe agregar que en el ambiente internacional se da una correlación frente a los Principios UNIDROIT, en los cuales se le permite a la unidad responsable la posibilidad de anular o ajustar a petición de parte una cláusula abusiva. Para su declaratoria como abusiva, la cláusula es sometida a un control basado en la buena fe, la lealtad negocial y la justicia contractual, siempre que con ellas se otorgue a la otra parte una ventaja excesiva.

1.2 ACERCAMIENTO CONCEPTUAL Y REFERENTES TEÓRICOS DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

Las definiciones de cláusula abusiva pueden ser de fuente legal, jurisprudencial o doctrinaria. Estas se definen como:

De manera doctrinal, el profesor colombiano Ernesto Rengifo las define como:

Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene, prima facie, su ámbito propio en relación con consumidores y puede darse siempre que no haya existido negociación individual, es decir, tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Pero incluso también puede haber cláusula abusiva tratándose de condiciones generales entre profesionales por cuanto habrá condición abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes (Rengifo, 2004, p. 197).

Por otro lado, Sergio Muñoz Laverde conceptualiza las cláusulas abusivas como:

(...) son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual (Muñoz, 2010, p. 234).

Todas estas observaciones se relacionan también con el concepto ofrecido por Rubén Stiglitz para quien la cláusula abusiva es aquella:

“cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan

el principio de la mayor reciprocidad de intereses que contengan la renuncia por el consumidor, sin fundamentos declarados que lo justifiquen” (Stiglitz, 1998, p. 27).

Lo anterior permite establecer como características generales de las cláusulas abusivas la infracción al principio de la buena fe, donde en primera instancia las disposiciones incluidas en condiciones generales negociales son nulas cuando afectan al adherente de forma no equitativa, en oposición al principio de buena fe; así mismo, en la duda se presume la existencia de perjuicio indebido; ya no es compatible con las ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta y/o limita de tal forma, los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de éste (Stiglitz, 1998, p. 34-35).

Otra de las características de dichas cláusulas se da cuando se encuentra presente un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes, es decir, cuando se ofenden los principios fundamentales del sistema jurídico, se restringen derechos u obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal modo que amenaza su objeto o el equilibrio contractual o se muestra excesivamente onerosa para el consumidor (Stiglitz, 1998, p. 36).

Para Stiglitz (1998), el desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor. (Echeverri Salazar, 2011, pág. 133)

En síntesis, son aquellas que *“la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disimiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o transcendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio "significativo"”* (art. L-132-1, Code de la consommation Francia; artículo 1469 bis Codice Civile italiano Citado por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 41.834 M.P. Mauricio Fajardo Gómez)

1.3 RECUENTO SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA Y SU APROXIMACIÓN EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS.

La Corte Suprema de Justicia, en una sentencia del 2 de febrero de 2001, define como cláusula abusiva aquella que “favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente” (Corte Suprema de Justicia, 2001). Esta a su vez asume como características propias de dichas cláusulas aquellas donde:

- Su negociación no haya sido individual
- Donde se lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial
- Donde se genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes

En Colombia, la definición legal de cláusula abusiva arribó apenas en el 2011 con el estatuto del consumidor -Ley 1480, definida como *“aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afectan el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos”* Ley 1480 de 2011.

De esta manera, se logra establecer que los controles que se pueden dar frente a estas cláusulas abusivas, de manera general, además del control autónomo consistente en el que realizan las partes del contrato previo a su celebración, vienen estipulados o dictaminados a partir de la intervención del Estado y se puede generar a partir de tres tipos: administrativo, legislativo o judicial, y se puede realizar de manera previa o posterior (Rodríguez, 2013).

En un primer momento el tipo de control administrativo, el cual es realizado de manera previa en el instante cuando a las entidades gubernamentales de cada país, se les otorga autoridad para inspeccionar determinadas actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado, como lo son las actividades bursátil, aseguradora, financiera o la de servicios públicos domiciliarios. Estas debidas inspecciones incluyen la revisión de contratos, donde se establece de manera previa qué cláusulas no deben siquiera ser pactadas. El control administrativo también se puede presentar como “posterior”, en el momento en que las entidades estatales tienen facultades sancionatorias con respecto a aquellos contratantes que predispongan cláusulas abusivas.

En un segundo momento existe el control legislativo el cual se realiza en la legislación comparada a través de la ejecución de:

a) listados de cláusulas negras, los cuales enuncian determinados tipos de cláusulas que se consideran abusivas. En caso de presentarse una de ellas, el juez deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita, (dependiendo de la sanción que haya previsto el legislador) sin mayores consideraciones; b) listados de cláusulas grises que enuncian supuestos que son presuntamente abusivos, los cuales en caso de presentarse entrarán “con un manto de sospecha” al proceso judicial, pero que dependiendo de las circunstancias del caso y del contexto contractual en el que se encuentren, el juez puede considerar que no son abusivas, es decir, que quien las redactó tendría la carga argumentativa y probatoria para demostrar que su inclusión estaba justificada, o c) con la inclusión de una cláusula abierta que le da la potestad al juez de que en cada caso haga una valoración de los supuestos de hecho para verificar si la cláusula es abusiva o no, dependiendo de criterios generales, como por ejemplo, que sea atentatoria contra la buena fe y/o que sea atentatoria contra el justo equilibrio de las prestaciones. (Echeverri, 2011, pág. 142)

De acuerdo con lo anterior, se logra colegir que en Colombia no se tiene una regulación integral que sirva como referente de protección a las cláusulas abusivas tanto en el ámbito público como en el privado, sin embargo el concepto ha sido incorporado por medio de doctrina y jurisprudencia, esta última la cual al estudiar los actos abusivos en los términos artículo 830 del Código de Comercio, los define desde dos componentes: “de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo”. (Corte Suprema de Justicia. (1994). Expediente No. 3972).

Esta definición da a entender que estas cláusulas, pueden ser consideradas como ilegales por contrariar disposiciones de carácter imperativo, a través de artículos como el 1740 y 1523 del Código Civil o el artículo 899 del Código de Comercio, se entiende que deberán ser declarada una nulidad absoluta por objeto ilícito, debido a que se contraria una norma imperativa. Por otro lado, a través del artículo 16 del Código Civil, se dispone que no podrán derogarse por convenio entre particulares aquellas Leyes en cuya observancia estén involucrados el orden público y las buenas costumbres.

De igual modo la Corte Suprema de Justicia ha especificado que en todo contrato de seguro se debe evitar:

(..) especialmente en lo que tiene que ver con las cláusulas atinentes a la extensión de los riesgos cubiertos en cada caso y su delimitación, evitando favorecer soluciones en mérito de las cuales la compañía aseguradora termine eludiendo su responsabilidad al amparo de cláusulas confusas que de estar al criterio de buena fe podrían recibir una inteligencia que en equidad consulte mejor los intereses del asegurado, o lo que es todavía más grave, dejando sin función el contrato a pesar de las características propias del tipo de seguro que constituye su objeto(...) (Corte Suprema de Justicia, 1998)

Dicho de otra manera, a partir del estudio y aplicación de las cláusulas referentes a la extensión de los riesgos cubiertos, se puede inferir que la jurisprudencia basa el control de las cláusulas abusivas entorno al concepto de antijuridicidad material, el cual se contrapone al de antijuridicidad formal o ilicitud, es decir todo acto voluntario reprobado o descalificado por la Ley. Esto da pie para interpretar toda estipulación que contraría una

prohibición expresa de la Ley (artículo 16 del Código Civil) puede ser declarada ilícita, tal y como ocurre con las cláusulas exonerativas de responsabilidad por incumplimiento doloso de las obligaciones (artículo 1522 del Código Civil). (Suescun de Roa, 2009)

Por otro lado la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 2 de febrero de 2001, determina la nulidad de toda cláusula abusiva pactada en un contrato de seguro donde:

(...)Toda vez que este tipo de cláusulas restrictivas, como la aquí invocada por la censura -calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas-, eran nulas absolutamente por mandato del numeral primero del artículo 899 del código de comercio, hoy ineficaces según el literal (a) del numeral 2o del art.184 del Decreto 663 de 1993, en concordancia con el inciso 2o del numeral 4o del art. 98 y el numeral 3o del art. 100 de la misma normatividad, en cuanto violan disposiciones que como los arts. 1077 y 1080 del estatuto mercantil son imperativas... cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación como sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal de tiempo atrás han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido particularmente para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual... lo abusivo o despótico de este tipo de cláusulas que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (...)

En efecto, se infiere que en Colombia no existe un régimen legal general sobre las cláusulas abusivas, su referencia legislativa es aislada, como en el caso del derecho

comparado, en donde se establece que la presencia e inclusión de tales cláusulas es rechazada por ineficaz -nulidad absoluta- por la jurisdicción. Por lo cual se considera presentar una tabla resumen que vislumbre algunas de las reglamentaciones al respecto:

NORMATIVA	CONTENIDO
Artículo 133 de la Ley 142 de 1994	<p>Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes • Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones • Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos • Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos • Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros • Las que imponen una renuncia anticipada • Entre otras
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670.	<p>(...)la calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica -o tarifaria-, limitando</p>

	<p>por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava -sin contrapartida- las condiciones en que aquellos pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de "pagar el siniestro", concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (onus probandi). (Corte Suprema de Justicia, 2001)</p>
<p>Ley 1328 de 2009.</p> <p>Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.</p>	<p>Artículo 7o. Literal e: Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales: e) Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.</p> <p>Artículo 11. Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros. b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero. c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones. d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas</p>

	<p>entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero. e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia. Parágrafo. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.</p>
<p>Ley 1341 de 2009</p> <p>Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones</p>	<p>Artículo 53. Numeral 10: Régimen jurídico. El régimen jurídico de protección al usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella.</p> <p>(...)</p> <p>Se reconocerán, al menos, los siguientes derechos a los usuarios:</p> <p>10. Protección contra conductas restrictivas o abusivas.</p>
<p>Ley 1480 de 2011. Estatuto del consumidor</p>	<p>Artículo 42. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.</p> <p>Los productores y proveedores no podrán incluir</p>

	<p>cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.</p> <p>Artículo 43. <i>Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho.</i> Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden; 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden; 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor; 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado; 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones; 7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo; 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del
--	---

	<p>arrendamiento financiero;</p> <p>9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;</p> <p>10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.</p> <p>11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;</p> <p>12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.</p> <p>13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.</p> <p>14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.</p> <p>Artículo 44. <i>Efectos de la nulidad o de la ineficacia.</i> La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda</p>
--	---

	<p>subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.</p> <p>Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.</p>
Código de Comercio, artículo 897	Cuando este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.
Artículo 1522 Código Civil de Colombia	La disminución de la responsabilidad no cabe en ciertas hipótesis expresamente prohibidas por el legislador: “El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenida en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale”
Artículo 936 Código de Comercio de Colombia	“Será absolutamente nula toda estipulación que excluya o limite la garantía por vicios ocultos, cuando el vendedor los haya llamado de mala fe al comprador”
República de Colombia, Ley 222 de 1995, artículo 17	“Será ineficaz toda estipulación que despoje a los socios del derecho de retiro o que modifique su ejercicio o lo haga nugatorio. Sin embargo, será válida la renuncia del derecho de retiro, después del nacimiento del mismo”

La información presentada en el cuadro permite establecer que aunque en Colombia no existe una reglamentación que se ajuste completamente a la definición, alcances, características y límites respecto a las cláusulas abusivas, a través de los años se han venido implementando artículos y han surgido sentencias que permiten abordar y conocer el tema

acudiendo a principios generales del derecho y conceptos metodológicos para determinar su abusividad, así como sancionar y limitar dichas cláusulas.

En materia de contratación, las Empresas Sociales del Estado, aun cuando son entidades públicas, su regimen de contratación se sujeta al derecho privado como efectivamente lo señala el artículo 195.6 de la Ley 100 de 1993, lo que en nada obsta para que lo referente a cláusulas abusivas se aplique para los contratos celebrados por estas entidades.

En este sentido el Consejo de Estado en sentencia Rad. 29165 M.P. Hernán Andrade Rincón del 12 de noviembre de 2014, reiterando la sentencia proferida el 19 de agosto de 2009 por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Rad. No. 21432 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, frente al régimen de contratación de las entidades públicas a las cuales se les aplica preferentemente aquellas reglas que son propias de los contratos que celebran los particulares, sostuvo:

(...) es necesario precisar que cuando la Administración Pública celebra contratos a los cuales se aplican preponderantemente aquellas reglas que son propias de los contratos que celebran los particulares, no puede afirmarse que tales contratos sean en estricto sentido contratos de derecho privado, es decir, iguales a los que celebran los particulares entre sí, pues el hecho de que sean celebrados por una entidad pública conlleva, necesariamente, la aplicación de una serie de reglas propias del derecho público, tales como las relativas a la competencia, las que determinan la formación de la voluntad y aquellas que regulan la forma, entre otras; entonces, se puede afirmar que tales contratos

son fundamentalmente actos jurídicos mixtos que estarían regidos de un lado por el derecho público (competencia, voluntad y forma) y, de otro lado, por el derecho privado (efectos de las obligaciones, consentimiento, objeto), lo cual también puede afirmarse de los llamados contratos administrativos.

(...) Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales (...).

En tanto la ausencia de desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial en materia de contratación estatal a este respecto, incluso la doctrina con autoridad han señalado que la teoría del abuso del derecho y en particular lo referente a cláusulas abusivas, se aplica para todo el mundo del contrato estatal, conforme se desprende de la remisión normativa de los artículo 13 y 40 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Suarez Beltran, 2014).

1.3.1 ACERCAMIENTO EN LÍNEA JURISPRUDENCIAL A LA TEORÍA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

En materia jurisprudencial vigente frente a la “aplicación de la doctrina de las cláusulas abusivas en la contratación pública”, aspecto que esencialmente integraría este problema

jurídico, se puede concluir que su extrapolación en contratos estatales² ha venido sido aceptada de manera pacífica por la jurisprudencia nacional, pues a lo anterior se arriba mediante el estudio de la jurisprudencia emitida en esta materia, la cual aun cuando escasa, presenta derroteros uniformes que como lo expone el profesor López Medina, *“una línea jurisprudencial con varias reiteraciones del mismo criterio para el mismo patrón fáctico es una línea estable y sólida y que, por tanto, merece u plus de obediencia”*, o la existencia de *“líneas menos sólidas, sin que ello implique que la doctrina no sea vinculante”* (López, Diego, 2006, p. 145-147).

Acogiendo el sistema de identificación de línea jurisprudencial del profesor Diego López (2006), en desarrollo concreto del precedente y sus técnicas de interpretación, el Consejo de Estado ha empezado a definir un derrotero claro en este sentido.

Desde el año 1994, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, ya señalaba que la inclusión de las cláusulas abusivas no resultaba exclusiva de los contratos de adhesión, ni se circunscribía a contratos típicos:

Lo abusivo -o despótico- de este tipo de cláusulas **–que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo–**, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), esto es, en aquellas disposiciones –de naturaleza volitiva y por tanto negocial- **a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido**

² Como reiteradamente lo ha señalado el Consejo de Estado, **“son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’**”. Ver: Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández, sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675,

prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio –por regla general- para su negociación individual.

De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente un esquema válido -y hoy muy socorrido- de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que “el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque **se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio**”, en cualquier caso, “no puede discutirse que existe voluntad contractual”, o que ese acto no revista “el carácter de contrato”³, **sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 nral. 1º y 333 inc. 4º C. Pol. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe,**

(...) Con todo, dándose controversias sobre su origen, eficacia o el ejercicio de los derechos, el juzgador a más de las normas jurídicas que gobiernan la disciplina general del contrato, aplicará las directrices legislativas singulares en su formación, celebración, contenido, interpretación, ejecución o desarrollo y terminación, para verificar su conformidad o disparidad con el ordenamiento y, en particular, el ejercicio de poder dominante contractual o la existencia de cláusulas abusivas, o sea, todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos. (...) Así

³ Luis Díez-Picazo y Ponce De León. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Civitas. 1996. Pág. 30, y Georges Déréux. De la Nature Juridique des ‘Contrats D’Adhesion’. París. R.T.D.C. París. Pág., 541. Cfme: Carlos Gustavo Vallespinos. El contrato por adhesión a condiciones generales. Buenos Aires. 1984. Pág. 312; Juan Carlos Rezzonico. Contratos con cláusulas predispuestas. Astrea. Buenos Aires. 1987. Págs. 348 y ss y Juan M. Farina. Contratos Comerciales Modernos. Astrea. Buenos Aires. 1999. Pág. 128, citado en Sala de Casación Civil de fecha 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462

mismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, ni el aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte.” (Sala de Casación Civil de fecha 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462)

El anterior pronunciamiento constituye el criterio jurisprudencial fuente que ha adoptado el Consejo de Estado para abordar el estudio del tema de cláusulas abusivas incorporadas en contratos y actos jurídicos emanados de entidades de naturaleza pública.

Mediante sentencia del 18 de julio de 2012, el Consejo de Estado, en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado 1992-03966-01, expediente 21573, se abordó el tema de cláusulas abusivas en contratos estatales, referido a la inclusión de una estipulación contractual mediante la cual Ecopetrol *“niega de manera absoluta al contratista la posibilidad de discutir sobre el punto afirmando que “(...) no se aceptará reclamo por concepto de costos o gastos de actividad u obra, que según criterio del CONSORCIO no se encuentren en el citado cuadro”*.

A modo de *ratio decidendi*, el alto tribunal determinó que Ecopetrol abusó de su preponderancia en la relación contractual, bajo los siguientes argumentos:

De acuerdo con lo anterior, la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por la Administración Pública resulta violatoria del principio de la Buena Fe cuando causa un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“En la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas

abusivas, ejemplo prototípico de las cuales los suministra el llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho o de derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución y cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia del 02 de febrero de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo)

“El anterior planteamiento resulta especialmente importante en el ámbito de los contratos administrativos regulados por el Decreto-ley 222 de 1983, en los cuales, tanto por razones jurídicas como fácticas, existía una asimetría de poder contractual a favor de la entidad pública que ostentaba una posición superior frente al contratista particular, en cuanto le asistió la facultad de configurar y de definir las condiciones del contrato desde el pliego de condiciones y predisponer unilateralmente el contenido sus cláusulas. Es allí donde la teoría del abuso del derecho está llamada a operar plenamente como instrumento de corrección ante contenidos abusivos predispuestos por quien ejerce una posición de dominio en contra de la parte débil o subordinada de la relación jurídica (...)”.

Analizado lo anterior, la Sala concluye:

“Desequilibrio económico del contrato por la estipulación de cláusulas-abusivas. Siguiendo el marco general que se acaba de exponer, encuentra la

Sala que en las cláusulas primera y segunda del contrato de obra se estipularon apartes que estarían viciados de nulidad absoluta por abuso de poder, de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del artículo 78 del Decreto-ley 222 de 1983⁴, razón por la cual le corresponde a la Sala efectuar una declaración oficiosa acorde con lo señalado en el párrafo de esta misma disposición legal. (...) Para la Sala se trata de estipulaciones abusivas que vulneran el Principio de Buena Fe contractual y que afectan el equilibrio económico del contrato.”

Posteriormente, mediante sentencia del 12 de febrero de 2014 (Rad. 1997-09849 Exp. 31682), en acción contractual mediante la cual se pretendía la declaratoria de nulidad de la resolución mediante la cual el departamento del Huila declaró la caducidad administrativa de un contrato de obra pública, frente al análisis de cláusulas abusivas, retoma como propios los profusos pronunciamientos efectuados en esta materia por la Corte Suprema de Justicia (*Sala de Casación Civil de fecha 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462*), como los efectuados por esa misma corporación en sentencia 46482 del 29 de enero de 2014, señalando lo siguiente:

En reciente oportunidad, esta Sala profundizó nuevamente acerca del tema de las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos celebrados por las entidades del Estado por cuenta de la posición dominante de que goza, por regla general, el organismo contratante y la necesidad, que a partir de su existencia ha surgido, de

⁴ Art. 78. *De las causales de nulidad absoluta.*- Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos:

- a) Cuando se celebren con personas afectadas por causa de inhabilidades o incompatibilidades según este estatuto;
- b) Cuando contra vengán normas de derecho público;
- c) Cuando se celebren contra prohibición constitucional o legal;
- d) Cuando se hubiere celebrado por funcionario que carezca de competencia o con abuso o desviación de poder.

Parágrafo.- Las causales aquí previstas pueden alegarse por el ministerio público en interés del orden jurídico o se declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanean por ratificación de las partes.

establecer mecanismos eficientes, desde el ejercicio administrativo, legislativo y judicial, para contrarrestar los efectos que de las mismas emanan, con el fin de conservar la justa equivalencia del acuerdo negocial.

(...)

A la par con lo expuesto y con sujeción a la jurisprudencia y la doctrina reseñadas, cabe advertir que sin duda uno de los ejemplos más claros de la posición dominante de la cual goza la Administración Pública por cuenta de la elaboración de los pliegos de condiciones y de la minuta que ha de contener el clausulado contractual consiste en pre implantar en el acuerdo negocial previsiones que demanden un mayor esfuerzo del contratista en inversa proporción con el que se exige a sí misma la entidad, con lo cual —y no son pocos los casos en que— desconoce que es el esfuerzo aunado de los extremos cocontratantes el que debe propender por alcanzar el mismo fin perseguido, esfuerzo que debe emplearse atendiendo a una simetría justa y equitativa en directa consideración al grado de capacidad de respuesta de cada una de las partes.

(...)

Es así como resulta ajeno a toda lógica de las reglas y los principios que informan la actividad contractual, que sólo uno de los extremos del negocio jurídico resulte obligado, o casi que compelido a cumplir las prestaciones contraídas en virtud de su celebración, al tiempo que imposibilitado para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por su co-contratante, el cual, por cuenta de la introducción de la aludida cláusula, bien podría entonces inobservar sus obligaciones dinerarias, sin que ello le acarree consecuencia alguna”.

Aún más recientemente, el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de enero de 2014 (Rad. 2001-00165-01 Exp. 46482), reiterado en sentencia del 12 de marzo de 2014 (Rad. 2005-00696-01 Exp. 39537), planteamiento que posteriormente fue acogido como línea para unificación jurisprudencial *en relación con los parámetros que deben observar las entidades estatales para el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación prejudicial, extrajudicial y judicial*, mediante sentencia de abril 28 de 2014 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera - Sala Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (Rad. 2009-0199 Exp. 41.834, M.P. Mauricio Fajardo Gómez), actuaciones en las cuales se surtía el trámite de aprobación judicial de acuerdos conciliatorios celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y víctimas de privación injusta de la libertad, en donde se “acordaba” el reconocimiento parcial de sumas de dinero por las que fue condenada la entidad pública por los perjuicios morales y patrimoniales a ellos causados; jurisprudencia que, en términos de la Corte Constitucional, constituyó la *ratio decidendi* o “principio general de la decisión tomada” (SU-047/99), lo siguiente:

No obstante lo anterior, la Sala improbará el acuerdo conciliatorio, toda vez que el mismo resulta contrario al ordenamiento jurídico, para cuyo efecto se acogerán y se reiterarán las consideraciones expuestas recientemente por esta misma Subsección⁵ dentro de un caso similar al que ahora se analiza, ello encaminado a determinar por qué **la postura asumida por la entidad pública demandada respecto de su contraparte resulta abusiva y dominante.**

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A, enero 29 de 2014, exp. 46.482.

“Como puede verse, en el Derecho Colombiano existe una clara tendencia a proscribir y limitar los acuerdos que contengan cláusulas abusivas, vejatorias, leoninas, esto es aquellas que muestren de manera evidente, injustificada e irrazonable una total asimetría entre los derechos, prestaciones, deberes y/o poderes de los intervinientes, **en especial cuando uno de ellos sea el mismo Estado**, todo lo cual, debe enfatizarse, encuentra amplio y suficiente fundamento constitucional, partiendo del preámbulo de la Carta Política; (...) el artículo 2° según el cual constituyen fines del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo; el artículo 6° que consagra el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley y por *“omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*; el artículo 13 que prevé que el Estado debe proteger especialmente a *“aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*; el artículo 83 según el cual todas las actuaciones que adelanten las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe; el artículo 90 que obliga al Estado a reparar los daños antijurídicos que le sean imputables; el numeral 1° del artículo 95 que establece el deber de toda persona de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; los principios con fundamento en los cuales debe desarrollarse la función administrativa (artículo 209), en especial los de igualdad, moralidad e imparcialidad, los cuales, en virtud del principio de irradiación constitucional, deben aplicarse a cualquier actuación que adelante la Administración.

(...)

“Si bien las anteriores consideraciones **en relación con las cláusulas abusivas, el abuso de la posición dominante**, la búsqueda de un equilibrio mínimo y proporcional en los acuerdos negociales, la aplicación del principio de la buena fe objetiva, **encuentran su origen, desarrollo y, en principio, encuentran aplicación en los acuerdos de origen contractual de derecho privado, en especial aquellos contratos denominados de adhesión, lo cierto es que tales razonamientos también están llamados a tener aplicación en el terreno de la contratación estatal (artículo 13⁶ de la Ley 80 de 1993)** y a juicio de la Sala dichos criterios encuentran campo fértil para su aplicación en todos los terrenos en los cuales están llamadas a generar efectos jurídicos las manifestaciones de voluntad, comoquiera que tanto en el ámbito eminentemente contractual como en todos aquellos en que el ordenamiento vigente autoriza y tutela el ejercicio de la autonomía de la voluntad, **el fundamento es idéntico, esto es la búsqueda del equilibrio y evitar cualquier comportamiento abusivo en las negociaciones.**

“En este punto resulta preciso aludir al sustrato eminentemente contractual que inspira la figura de la conciliación, en cuanto ambas instituciones –el contrato y la conciliación- comportan como elemento esencial el acuerdo de voluntades o consentimiento con el objeto de crear, regular o extinguir obligaciones, vinculante para las partes, razón por la cual es posible sostener, sin temor a equivocarse, que respecto de una y otra figura jurídica deben predicarse iguales presupuestos para su existencia, validez y eficacia.” ⁷

⁶ Artículo 13º.- *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.* Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

⁷ Resaltado propio.

1.4 EL EJERCICIO DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL DEL ESTADO.

La contratación pública se ordena como el elemento principal de ejecución del gasto público y como el medio indispensable para permitir la satisfacción de los cometidos estatales. Al constituirse como una herramienta a través de la cual el Estado puede cumplir las funciones asignadas por la Carta Política para la satisfacción de las necesidades públicas, requiere contar con un marco jurídico que le permita alcanzar condiciones de eficiencia en la gestión y en resultados en la actividad contractual, así como de honestidad en la administración de lo público por parte de las entidades estatales (CAMACOL, 2007, p.1)

Para comprender mejor lo anterior, se debe entender como contratos administrativos, los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, previstos en el derecho privado o en normas de derecho público, como los que a título enunciativo se nombran a continuación: Contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y de fiducia pública, entre otros. Es así como, en Colombia, la normatividad vigente aplicable al tema de contratación en donde interviene el Estado se encuentra regulada en la Constitución Nacional, en el régimen de contratación estatal (Leyes 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) en sus decretos reglamentarios, en el Código Civil y en el Código de Comercio Colombianos.

Es por esto que, en primera instancia la Constitución Nacional reglamenta la contratación pública a través de artículos como el 83, el cual manifiesta que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten

ante éstas”. Por lo cual todos los representantes implicados en los procesos de contratación deben cumplir con unos deberes constitucionales, siendo, por consiguientes, responsables del cumplimiento de lo consagrado en todas las normas que lo rigen. (Bejarano, 2009).

Referente a lo anterior se establece en el artículo 150 de la Constitución Nacional que unas de las funciones del Congreso de la República son:

- Conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales.
- Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa
- Expedir las Leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos
- Expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en especial, de la administración nacional

Para comprender mejor la posición contractual del Estado, se hace necesario el análisis de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual define y caracteriza los principios básicos con los cuales se debe realizar la celebración de un contrato que efectué el Estado. Sin embargo dicha Ley sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual, resaltando como única limitante de la autonomía de la voluntad, la cual debe guiar la contratación estatal, confiriendo así a las partes de regular las relaciones contractuales entorno al interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, evitando aspectos en los que los

finés estatales puedan verse afectados. Razón por la cual este Estatuto se define como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, todas las ramas y órganos que pertenecen al poder público. (Congreso de Colombia, 1993)

También, para reglamentar la contratación estatal aparece la Ley 1150 de 2007, la cual introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Esta Ley ordena la publicación de los proyectos de pliegos, lo cual permite la participación del público y de los interesados en la formulación de los pliegos definitivos, lo cual conlleva a la adecuada elaboración de estudios previos (presupuesto, prevención de futuros conflictos, condiciones y objeto contractual) y de respuesta a las observaciones. Esta medida permite controlar el direccionamiento, pues deberá haber consistencias entre el contrato y su objeto, y además contribuye a disminuir la improvisación y la falta de estructuración de los pliegos.

Además, la actualización de la Ley 80 de 1993 permite establecer procesos licitatorios más eficientes, al verificar que los contratistas cumplan con las condiciones mínimas para la ejecución del contrato.

Sin lugar a dudas, la estructura jurídica contractual administrativa otorga a la entidad pública la administración de la ejecución del contrato, y concretamente la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato (art. 14 Ley 80 de 1993) a través de la estipulación de cláusulas excepcionales al derecho común, como los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento de los fines de la contratación, entre ellas las Empresas Sociales del Estado, por expresa disposición del artículo 195.6 de la Ley 100 de 1993: *“En materia contractual se regirá*

por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”.

Frente al ejercicio de la posición dominante de negociación contractual, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la misma se verifica en la supremacía que puede ejercer una de las partes en la disposición unilateral de su contenido y en la administración de su ejecución (CSJ. 1489/2011 de 14 de diciembre).

“El estado es siempre “predisponente” y, en ese sentido, ejerce un “posición dominante contractual” (Suárez, 2014, p. 225), lo que le exige de suyo un mayor cuidado en la imposición de cláusulas que puedan considerarse como abusiva en desmedro de los postulados de buena fe que rigen las relaciones contractuales entre particulares y con especial rigor con el Estado (Paucar Arrubla, 2013).

En el abuso de la posición dominante en escenarios como el de prestación de servicios públicos, la jurisprudencia ha reconocido que las normas que prohíben el abuso de la posición dominante de las empresas que prestan tales servicios son aplicables no solo en la celebración del contrato de condiciones uniformes sino en aspectos distintos a éste como los relativos a su ejecución, concluyendo que las empresas de servicios públicos domiciliarios ostentan per se una posición de dominio frente a sus usuarios, tal como lo reconoce la Ley (art. 14. 13 de la Ley 142 de 1994). (Consejo de Estado, 1994)

Sin embargo, debe quedar claro que esta relación entre la empresa de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios no se reduce a la sola celebración del acuerdo jurídico, sino que se extiende más allá, precisamente al campo de la ejecución del contrato en el que se verifica el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato celebrado.

Vale la pena igualmente resaltar el tratamiento en Colombia del abuso de la posición dominante en las relaciones negociales, la protección a la parte débil y el equilibrio del contrato, donde como tratamiento legislativo en materia de relaciones de consumo y servicios públicos domiciliarios, se encargó de establecer un listado de cláusulas que llevan a presumir que su incorporación en el contrato ha sido consecuencia del abuso de la posición dominante. (Consejo de Estado 2009-00199-01(41834))

Por otro lado, frente a las medidas administrativas es importante señalar que las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas a las Superintendencias en relación con algunas actividades previstas en el ordenamiento, se encuentra que las normas legales correspondientes se han ocupado de asignarles a las Superintendencias de Servicios Públicos, Financiera y de Industria y Comercio, atribuciones y competencias específicas en relación con la protección contractual de los usuarios y/o consumidores, en concreto para prevenir la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos y definir qué prácticas o estipulaciones no previstas en la Ley pueden constituir cláusulas abusivas. (Consejo de Estado 2009-00199-01(41834))

De la misma manera, la jurisprudencia aplicada a las cláusulas abusivas y el abuso de la posición dominante se establece que cualquier contrato de agencia “sea por adhesión, estándar, en serie, normativo, tipo, patrón, global o mediante condiciones generales de contratación, formularios o recetarios contractuales, términos de referencia o reenvío u otra modalidad contractual análoga”, debe estar enmarcado dentro de los principios de buena fe y equilibrio de las partes. No obstante, en el momento en que se generen controversias se hará necesario la aplicación de pautas legislativas singulares para identificar la existencia

de cláusulas que vayan en contra de la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes. (Consejo de Estado 2009-00199-01(41834))

CAPITULO II.

2. LAS RETENCIONES EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

En el siguiente apartado se realizara un análisis de los contratos de prestación de servicios profesionales en el sector público y la función económica de las retenciones y su incorporación en el contrato de PSP.

2.1 LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PÚBLICO

La regulación de la contratación pública en los contratos de prestación de servicios profesionales con el Estado y sus entidades, se encuentra consignado en dos normas fundamentalmente. Por un lado está la Ley 80 de 1993, que es su artículo 32, Numeral 3, establece:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

De la norma anterior se colige la posibilidad de la prestación de servicios para el sector público en tanto solo se realice para tareas concretas y no haya el personal de planta suficiente para dicho cometido, especificándose en el contrato los resultados esperados por parte del contratista.

Desde esta perspectiva, la regulación de la contratación con entidades públicas por medio de prestación de servicios profesionales, deberá contener un lineamiento claro y es la temporalidad y la función del mismo, puesto que en virtud de ello, puede constituirse otro tipo de relaciones laborales que están consideradas en el ordenamiento jurídico como faltas gravísimas, como es establecido en la Ley 734 de 2002 por el cuales se expide el Código Disciplinario Único en el libro II, sobre la descripción de las faltas disciplinarias en particular:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

Cabe señalar la importancia del Decreto 1510 de 2013, subrogado por el Decreto 1082 de 2015, la cual constituye la unificación normativa en torno a la contratación pública y hace varias derogaciones, permitiendo una estructura sólida que en términos de contratos de prestación de servicios profesionales regulado en su artículo 81, configura que dicha contratación pueda establecerse bajo la modalidad de contratación directa. Así mismo realiza la definición de servicios profesionales como (...) *aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la*

entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales”. (Decreto 1510 de 2013)

De igual manera, se realiza un énfasis en torno a la contratación por prestación de servicios en trabajos de carácter artístico, para personas naturales, y su justificación debe ser amparada en documentación y estudios previos.

En términos jurisprudenciales, los contratos de prestación de servicios profesionales en el Sector público, constituyen una modalidad de vinculación con la administración pública, celebrado de manera específica con personas naturales y se caracteriza por dar cumplimiento a actividades que el personal de “planta” de la entidad estatal no puede asumir, a la par de no generar una relación necesariamente de subordinación respecto del contratista, sino que se asume cualidades de autonomía e independencia, las cuales están sujetas a las prescripciones propias de la relación contractual constituida en las cláusulas del contrato. De la misma forma, la suscripción de un contrato de servicios profesionales con el sector público, en nada transfiere las características propias de “servidos público” al contratista, en virtud de las necesidades mismas de la entidad.

La diferencia en la modalidad de vinculación, como contratistas o como servidores públicos, encuentra justificación en las necesidades mismas de la administración, no en la calidad y probidad de las personas, para una y para otra el Estado está en la obligación de seleccionar aquellas personas naturales que acrediten las mejores condiciones profesionales, éticas y morales, lo que hace indispensable que cuente con instrumentos técnicos eficaces para el efecto, como el formato único de hoja de vida y el correspondiente registro de los mismos en el sistema único de información de personal, instrumentos que como tales bien pueden utilizarse para la selección de

unos y otros, sin que ello implique que los primeros se confundan o asimilen con los segundos, o que las consecuencias jurídicas que se derivan de la vinculación como servidores públicos se extiendan a los contratistas (Sentencia C-326/97)

En efecto, la jurisprudencial ha sido también clara en la necesidad de suministrar base constitucional a los contratos por prestación de servicios profesionales con el Estado, en tanto esta modalidad de contratación se debe dar en términos “ocasionales” y no puede ser generada de forma “permanente”, ajustándose precisamente a los lineamientos de la Corporación, puesto que por un lado, dicha medida protege la relación laboral creada, y por el otro, no se desnaturaliza la excepcionalidad de la modalidad por prestación de servicios en la contratación estatal (Sentencia C-614/09).

En estos mismos términos, la Sentencia C-171 de 2012, hace evidente el tipo de potestad de contratación otorgada a las empresas sociales del Estado, cuando están optan por proceso de vinculación mediante terceros y precisamente desnaturalizan las condiciones de contratación estatal, cuando se conforman relaciones laborales por medio de Contratos de prestación de servicios en forma permanente. Esta Sentencia, se refiere expresamente a la Ley 1438 de 2011⁸ en su artículo 59⁹, el cual se declara en exequibilidad condicionada¹⁰, y por ende otorga claridad respecto a una de las condiciones diferenciales en este tipo de

⁸ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁹ ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

¹⁰ Conserva el precepto normativo en el ordenamiento jurídico, dando aplicación al principio pro legislatore, y siempre y cuando exista una interpretación de la norma que al incorporarla al alcance normativo del precepto o al entendimiento del enunciado normativo, subsane la posible vulneración de la Carta Política y la torne en constitucional.

contratación, tema que ha conllevado a que otras entidades como la Procuraduría afirmen la existencia de una “(...) *práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y la suscripción de “nóminas paralelas”*”(El Colombiano, 2013), por lo cual, esta Sentencia expresa los condicionamientos que difieren de un contrato de prestación de servicios profesionales y una función permanente¹¹.

En efecto, y según el Consejo de Estado, en caso de que exista dicha desnaturalización de determinadas condiciones laborales, ocultas en un contrato por prestación de servicios, el contratista podrá reclamar otra vinculación laboral

No cabe duda de que cuando se celebra un contrato de prestación de servicios con la finalidad de disimular una verdadera relación laboral, o cuando el que en principio tuvo las notas características de un contrato de la referida naturaleza se convierte, en virtud de las obligaciones impuestas al contratista, en una relación de dependencia y subordinación, quien se ve sometido a tal circunstancia tiene derecho a reclamar el reconocimiento de tal condición real de trabajador y por ende, el pago de las prestaciones que de tal relación se derivan.

¹¹ Respecto de la función permanente, que inhibe la posibilidad de generar un contrato de prestación de servicios, la Corte expresa las siguientes condiciones : “(i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”;

(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”;

(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”;

(iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”;

y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral” .

Estos casos son de índole laboral y no contractual, pues si bien se suscriben contratos de prestación de servicios y ordenes de servicios, realmente lo que hay es una relación laboral que se pretendió ocultar (Sentencia Consejo de Estado. Sección III. 26/06/2014. Exp. 28.236. MP: Danilo Rojas Betancourth)

En esos mismos términos, la definición desde la perspectiva jurisprudencial para los Contratos de servicios más asertiva y que ha sido referenciada en este campo queda enunciada en:

(...) un contrato con el Estado a través del cual se vincula una persona natural en forma excepcional, para suplir actividades o labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar actividades especializadas que no puede asumir el personal de planta; si bien con él se materializa una relación contractual entre la entidad estatal que contrata y la persona natural, relación que no admite el elemento de subordinación de parte del contratista, quien actúa como parte autónoma e independiente sujeta a los términos del contrato y de la Ley contractual, las características de las labores que a ellos se encomiendan, que tienen una relación directa con el servicio público, exigen de la administración un minucioso control sobre sus calidades y condiciones, similar al que debe adelantar cuando selecciona a las personas que vinculará como servidores públicos (Sentencia C-326/97) (Sentencia C-094/03).

Para finalizar, y en síntesis los contratos de prestación de servicios profesionales en el ámbito estatal cobran las siguientes características:

Temporalidad: esta debe ser determinada de manera específica puesto que posee un principio y un fin, evitando de esta manera la constitución de otro tipo de relaciones

laborales de carácter permanente, ya que en ese caso se deberá generar otro proceso de contratación como el de servidor público (Vega, 2007).

Respecto a este punto, el Consejo de Estado advierte que en caso de demostrarse algún tipo de subordinación o dependencia por parte del contratista a la administración, quedará desvirtuado el contrato en sí, aplicándose de manera automática el principio de prevalencia.

Sin conferirle la condición de empleado público al contratista y siempre que se comprueben los otros elementos de la relación de trabajo – la prestación personal del servicio y la remuneración – el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Art. 53 C.P). , pues la causa jurídica de tal restablecimiento será la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Constitución (Sentencia Consejo de Estado. Sección II. 23/06/2005. Subsección. B. Exp. 245-03 MP. Jesús María Lemos Bustamante).

Relacionamiento laboral: la relación laboral creada es de carácter contractual, y da la temporalidad posee un límite, producto del acuerdo y las necesidades del ente estatal. Además de ello, se asume las cualidades de autonomía y se evita la creación de una relación subordinada por parte del contratista (Gaitán, 2014).

Selección: esta se realiza en virtud de las necesidades de la administración y las características profesionales, morales y éticas del contratista.

2.2 FUNCIÓN ECONÓMICA DE LAS RETENCIONES.

Como se ha desarrollado, los contratos por prestación de servicios contienen un margen normativo, jurídico y jurisprudencial, que no solo regula, limita y condiciona su accionar, sino que permite evidenciar sus falencias históricas, más aun cuando esta forma de vinculación se ha convertido en una de las más utilizadas tanto en el sector privado, como en el ámbito público (Portafolio, 2011).

En concordancia, la vinculación establecida en este tipo de contratación genera no solo la imposibilidad de generarse una relación de subordinación, sino que caracteriza el espacio de la autonomía para el contratista, también aplicado al pago y deducciones de naturaleza tributaria a título de retención; contenido obligatorio de origen legal que se entiende incorporado en el contrato:

La retención en materia tributaria es la recaudación de los sujetos que realizan pagos en el caso del impuesto sobre la renta, lo anterior en atención a la cercanía de la fuente de riqueza, ejemplo de ello son los patrones. En la doctrina jurídica tributaria una retención es entendida como el deber de colaboración del no contribuyente con la hacienda pública. Este deber de colaboración se concretiza en retener e ingresar en el tesoro público una cantidad por la realización de determinados pagos” (Ríos, 2001).

Efectivamente, en el sistema tributario nacional se establece que en la configuración de una contrato por prestación de servicios, el contratista se ve obligado a declarar renta, generándose una tarifa de retención (tanto para las personas naturales como jurídicas), con diferenciaciones porcentuales según lo establece la Ley 1527 de 2012.

Cabe aclarar, que dentro de la Ley 1527 de 2012 y de manera específica el artículo 13¹², el cual contiene la tarifa de retención en contratos de prestación de servicios, se añade la categoría de trabajadores independientes, la cual es definida por medio del concepto de la DIAN 4086 de 2012 como aquella persona que “no se está vinculado a una institución de manera legal o reglamentaria, sino que se prestan servicios a título de honorarios, comisiones o servicios, de manera independiente y por cuenta propia (DIAN 4086 de 2012).

Los pagos o abonos en cuenta que se efectúen a trabajadores independientes por concepto de prestación de servicios que cumplan con las condiciones dichas en el inciso anterior, cuya sumatoria mensual exceda de cien (100) UVT, están sujetos a retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta, de conformidad con la siguiente tabla:

RANGOS EN UVT		Tarifa
Desde	Hasta	
>100	150	2%
>150	200	4%
>200	250	6%
>250	300	8%

Tomado de: Ley 1527 de 2012, artículo 13.

¹² Artículo 13. La retención en la fuente aplicable a los pagos o abonos en cuenta realizados a trabajadores independientes pertenecientes al régimen simplificado, o que cumplan los topes y condiciones de este régimen cuando no sean responsables del IVA, cuya sumatoria mensual no exceda de cien (100) UVT no están sujetos a retención en la fuente a título de impuestos sobre la renta.

Ciertamente, el proceso de regulación sobre la retención en contratos de prestación de servicios, incluido en el ámbito público, ha tenido modificaciones sustanciales en la última década, lo que permite deducir la función económica de la retención, en relación con su funcionamiento de impuesto y la manera en que este se recuda en un ejercicio gravable, tal y como lo determina el Estatuto Tributario Colombiano en su artículo 367 (Cámara de Comercio, 2012).

En estos mismos términos, son los agentes retenedores o de dicha percepción del tributo, aquellos que son señalados por la normativa y que de manera expresa “intervengan en actos u operaciones” deban hacer dicha retención. En esta medida, en los contratos por prestación de servicios en entidades públicas, el agente retenedor y responsable a su vez de realizar conforme a las disposiciones de Estatuto Tributario, la aplicación de este impuesto, aplicar la retención de acuerdo al valor de la base señalada por la Ley (DIAN, p. 5)¹³

Art. 375. Efectuar la retención.

Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción (Estatuto Tributario)

Desde esta perspectiva, y en síntesis, la finalidad económica de la retención deberá propender por el facilitamiento y aseguramiento en el proceso mismo de recaudo y bajo un ejercicio gravable, aplicado efectivamente para trabajadores independientes en los proceso

¹³ Son agentes de retención, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención correspondiente. (EAFIT, p.2).

de contratación por prestación de servicios profesionales y atendiendo a la normatividad vigente.

2.3 INCORPORACIÓN DE LAS RETENCIONES EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.

El artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud, si bien se establece una potestad general en cabeza de las Empresas Sociales del Estado para contratar la operación o prestación de servicios de salud con terceros, sean estos personas naturales o jurídicas, es preciso que previamente se verifique sus *“condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.”*

En estudio de exequibilidad del artículo citado, señaló la Corte Constitucional:

La Sala observa que el alcance de esta disposición denota tres apartes o segmentos normativos: (i) el primero, que consagra una potestad general o competencia referida a la operación con terceros, facultad que es concedida por el Legislador a las Empresas Sociales del Estado, con el fin de que puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con las personas naturales o jurídicas mencionadas por la propia norma; (ii) en segundo lugar, la determinación de quiénes pueden contratar con las Empresas Sociales del Estado el desarrollo de las funciones que le son propias, respecto de lo cual la norma consagra cuatro posibilidades: (a) determina una potestad genérica para que las Empresas Sociales del Estado puedan contratar con terceros en general; (b) estipula de manera específica que dicha contratación podrá llevarse a cabo con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad; (c) señala igualmente de manera específica que dicha contratación

podrá llevarse a cabo con entidades privadas; y (d) finalmente fija la posibilidad de contratación con operadores externos. (iii) En tercer lugar, la norma estipula una condición para que pueda concretarse o llevarse a cabo la operación con terceros por parte de las Empresas Sociales del Estado, relativa a que se debe llevar a cabo previamente la verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad (Sentencia C-171/2012)

Concluye su análisis indicando que

(...) la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados (Sentencia C-171/2012).

De manera puntual, frente a los contratos de prestación de servicios de salud, la ley contractual incorpora procedimientos estructuralmente distintos frente a los de simple apoyo a la gestión o de servicios profesionales, estos últimos para la atención transitoria de asuntos administrativos o de funcionamiento de la entidad; en este sentido, el Consejo de Estado de manera categórica señaló: *“no sobra advertir que aunque el Estatuto de Contratación Estatal no se aplique en su integridad a esta clase de contratos, ello no significa que los administradores y encargados de la contratación en las empresas sociales del estado, puedan hacer caso omiso de los Principios Constitucionales, en particular aquellos relacionados con el ejercicio de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Carta Política y al procedimiento de selección abreviada a que las*

*obliga la letra c) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007*¹⁴”(Consejo de Estado Rad. 2000-00198-01 Exp. 20968)

Como se anotó, uno de los modos de contratación más comunes en Colombia es aquel que se da mediante la prestación de servicios, que se caracteriza por no ofrecer un vínculo laboral entre un trabajador y una empresa, dejando completamente por parte del empleado el pago de la seguridad social.

Por otro lado, el derecho de retención desde una concepción civilista, constituye una figura que fue creada como forma de garantía para que la parte que debe ya sea cierta cantidad de dinero y sus intereses, indemnizaciones o pagos de perjuicios a la otra parte, se vea obligada a cancelar dichos valores a cambio que le sea entregado el bien que fue retenido, sin que este derecho constituya una facultad en cabeza del tenedor para lucrarse económicamente del bien, explotarlo, transferir el dominio o conservarlo para sí mismo, como directamente en relaciones de consumo lo señala la Ley 1480 de 2011.

En desarrollo de la presente investigación, se preguntó a las Empresas Sociales del Estado suscriptoras de los contratos que incorporan las cláusulas objeto de estudio frente a cuál es el fundamento legal (*contractual y tributario*), en el que se soporta la inclusión de la cláusula de provisión de glosas mediante la cual se efectúan retenciones mensuales a los contratistas, cuál es el manejo contable de los recursos retenidos por virtud de la cláusula anotada y cómo se ven reflejados en el contabilidad de la E.S.E.

¹⁴ c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

Lo anterior con el objeto de recabar insumos que enriquecieran la presente investigación y en cierta medida permitir una participación indirecta de las entidades involucradas, si se quiere, en su defensa.

Frente a lo consultado, la Empresa Social del estado – ESE Chapinero, mediante Oficio GHCH-R01A-123 de fecha 22 de junio de 2015, suscrito por la Gerente encargada, manifiesta como fundamento de las retenciones efectuadas, que teniendo en cuenta que *“dichos productos o actividades son objeto de auditoría por los interventores internos y externos del contratante (ESE), pudiendo ser glosadas (refiriendose a las actividades contratadas por prestación de servicios). Por tal razón, el hospital para minimizar el riesgo, frente a una posible glosa, por una actividad no ejecutada por el contratista, estipula claramente la retención de la glosa con tal objeto”*, informando igualmente que *“la glosa es devuelta cuando culmina el proceso de liquidación de los convenios interadministrativos que dieron origen a la contratación de las actividades de apoyo”*, y *“en caso de convertirse en una glosa definitiva presupuestalmente se refleja como un ingreso en la Disponibilidad Inicial producto del cambio que el mismo realiza en el Estado de Tesorería al eliminar un acreedor y pasar a ser efectivo para la institución”*.¹⁵

En similar sentido, mediante Oficio 20159980015271 del 29 de julio de 2015, la Empresa Social del Estado – ESE Fontibón, manifiesta que *“siendo las Ordenes o Contratos de Prestación de Servicios producto de la voluntad de las partes quienes al suscribirlos aceptan el clausulado allí descrito; pueden pactar libremente la existencia de la provisión de glosas que garanticen que si las mismas son atribuibles conforme la*

¹⁵ El documento de respuesta, Oficio GHCH-R01A-123 de fecha 22 de junio de 2015, suscrito por la Gerente del Hospital Chapinero E.S.E., y el Oficio 20159980015271 del 29 de julio de 2015 suscrito por la Gerente del Hospital Fontibón E.S.E., se presentan al final del trabajo como Anexo.

auditoría externa que se realice, al contratista, pueda proveerse con estas sumas o en su defecto deban devolverse al colaborador en forma íntegra”.

De lo anterior, se colige como único fundamento legal para la estipulación de la “clausula de retención para provisión de glosas”, el ejercicio de la autonomía de la voluntad, cuya función económica se limita a trasladar el riesgo de glosa al contratista, para finalmente, en caso de encontrarse glosa definitiva por parte de la entidad responsable del pago - Fondo Financiero Distrital de Salud, apropiarse de las sumas de dinero retenidas.

En efecto, es claro que los contratos objeto del presente estudio, celebrados por las Empresas Sociales del Estado Chapinero y Fontibón, corresponden en esencia a contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, mas no a contratos para la prestación de servicios de salud, estos último, los cuales incorporan inescindiblemente el régimen de glosas y devoluciones y cuyos efectos por virtud de la “cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas”, y sin sustento legal que lo respalde, la entidad pública extiende de manera anticipada a aquellos de naturaleza jurídica ostensiblemente diferente.

En este sentido, la doctrina de las cláusulas abusivas proponen un límite frente al principio de libertad contractual o autonomía contractual, impidiendo que una de las partes, mediante el ejercicio injustificado de la libertad negocial, abuse de su posición privilegiada de negociación para imponer vía clausula contractual, cargas que comporten beneficios infundados o arbitrarios en su exclusivo beneficio. (Rodrigues, 2013).

CAPÍTULO III.

3. LAS CLÁUSULA DE RETENCIÓN PARA PROVISIÓN DE GLOSAS.

En el presente capítulo se desarrollarán los temas correspondientes a la definición conceptual de la glosa: naturaleza jurídica y fundamento legal de la retención, un análisis tributario y contractual frente a las retenciones y finalmente la juridicidad de la cláusula frente a la igualdad y equidad contractual.

3.1 DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LA GLOSA: NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO LEGAL DE LA RETENCIÓN.

Definida por la Real Academia Española como “4. f. *Nota o reparo que se pone en las cuentas a una o varias partidas de ellas*”.

Desde un contexto legal, la glosa es definida por el *Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas*, contenido en el Anexo Técnico No. 6 de la Resolución 3047 de 2008 del Ministerio de la Protección Social¹⁶, como:

(...) una no conformidad que afecta en forma parcial o total el valor de la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la revisión integral, que requiere ser resuelta por parte del prestador de servicios de salud” (Min Protección Social, 2008, p. 1).

¹⁶ Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007; modificado parcialmente por la resolución 4331 de 2012.

Como se desprende de ello, y así lo ha entendido la Superintendencia de Salud, el concepto técnico y legal de la Glosa, enmarca una regulación de las relaciones entre las entidades responsables del pago y los prestadores de servicios de salud (Súper Salud, 2013-1), definidos por el Decreto 4747 de 2007 en los siguientes términos:

a). **Prestadores de servicios de salud.** Se consideran como tales las instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. Para efectos del presente decreto, se incluyen los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados;

b). **Entidades responsables del pago de servicios de salud.** Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales (Decreto 4747 de 2007).

En este sentido, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que adicionó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 frente a la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, señaló en el literal *f)* como asuntos susceptibles de conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los referentes a “*conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud*” (Súper Salud, 2013-2).

Por su parte, las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se clasifican en tres grupos: los organismos de dirección, vigilancia y control:

conformado por el Ministerio de la Salud y Protección Social, la Comisión de Regulación en Salud (CRES) y la Superintendencia Nacional de Salud; los organismos aseguradores, de administración y financiación: conformado por las entidades promotoras de salud (EPS), las administradoras de riesgos laborales(ARL), las direcciones seccionales, distritales y locales de salud, y el fondo de solidaridad y garantía; y las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), públicas, mixtas o privadas: conformado por los hospitales, clínicas, laboratorios privados, y la Nación y entidades territoriales a través de las Empresas Sociales del Estado (ESE) (Ley 100 de 1990, Art. 155).

Tal como lo establece el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, el 13.d de la Ley 1122 de 2007, el Decreto 4747 de 2007, la Resolución 3047 de 2008, 416 y 3253 de 2009 del Ministerio de la Protección Social, como la Ley 1438 de 2011, las entidades responsables de pago de los servicios de salud, pagarán a los prestadores de servicios de salud habilitados tales servicios bajo el procedimiento y los lineamientos allí reglados, disposiciones legales que vinculan necesariamente a los diferentes actores del sistema (Superintendencia Salud, 2013-2).

Puntualmente, la Resolución 3253 de 2009 del Ministerio de la Protección Social, que regula los acuerdos de voluntades de las entidades responsables del pago de servicios de salud mediante mecanismos de pago por capitación y los prestadores del servicio de salud, determina que los incumplimientos por parte de la instituciones prestadoras de servicios de salud de las metas de cobertura, resolutiveidad u oportunidad pactadas en los acuerdos de voluntades, *“será causal de glosa para dicha meta y dará lugar al descuento de la proporción acordada en el primer pago que se genere con posterioridad a la determinación del incumplimiento”* (Resolución 3253 de 2009).

Conforme a la normativa anterior, tenemos que los contratos de prestación de servicios de salud están regidos por una reglamentación legal que en forma alguna puede desconocerse, y que como se indica, son requisitos y condiciones mínimas que deberán ser tenidas en cuenta por las partes, los prestadores de los servicios de salud PSS y la entidad responsable del pago de los servicios de salud ERP, las que de manera especial deberán tenerse en cuenta en el momento de la negociación y además, ser incluidas en el texto de los contratos, por lo que en materia de cláusulas, será posible incorporar todas aquellas que contribuyan a dar claridad y precisión a los derechos, obligaciones y responsabilidades asignadas a cada una de las partes. (Superintendencia Salud, 2013-1).

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

(...) el Estado tiene las siguientes funciones dentro del sistema: “(...) para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la Ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos;

así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema (Sentencia C-197/12)

Bajo este contexto, y como categóricamente lo establece la misma Resolución 3047 de 2008, corresponde de manera exclusiva al Estado, por intermedio del actual Ministerio de Salud y Protección Social, establecer mediante resolución la creación de nuevas causas de glosa o de devolución, vedando a las entidades responsables del pago para su creación.

En tanto para el estudio y análisis de la procedencia o no de las glosa, debe partirse del fundamento probatorio primigenio que emana de las partes, cual es el contrato de prestación de servicios de salud, que junto con la propuesta de servicios, los pliegos de condiciones, facturas, glosas presentadas por la entidad responsable del pago y los demás documentos contractuales, integran el acuerdo de voluntades.

En virtud de lo expuesto, la glosa en general corresponde en esencia a una institución jurídica procedimental, legal y reglada para la formulación de objeciones parcial o total de facturas de prestación de servicios de salud por las causas taxativas señaladas por la Ley, con carácter vinculante de regulación entre las entidades responsables del pago y los prestadores de servicios de salud, el cual se complementa para su análisis con los documentos precontractuales y contractuales que determinan las condiciones de cumplimiento pactadas.

Frente al trámite de glosas en la prestación de servicios de salud, el artículo 57 de la ley 1438 de 2011 señala:

“Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes,

formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas.

Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago.

Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas.

Una vez vencidos los términos, y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, bien sea en uso de la facultad de conciliación o jurisdiccional a elección del prestador, en los términos establecidos por la ley.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para desestimular o sancionar el abuso con el trámite de glosas por parte de las entidades responsables del pago.”

A su turno, la glosa, sustancialmente corresponde a un acto jurídico unilateral de la entidad responsable del pago de servicios de salud, por virtud de la cual y a petición de parte, se activa la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer y fallar en derecho, los conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Como se evidencia, las Empresas Sociales del Estado, ESE Fontibón y ESE Chapinero de la ciudad de Bogotá para las vigencias 2014 – 2015, incorporaron en contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión con personas naturales lo que para la presente investigación se denominó “*cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas*”:

Cláusula 5. Forma de pago (...) Parágrafo 2.: El Hospital aplicará retención para protección de glosas del uno por ciento (1%) del total a pagar (Contrato 021 de 2015 – Hospital Chapinero E.S.E.)

Cláusula 5. Forma de pago (...) Parágrafo – Provisión de glosas: Se retendrá con carácter provisional el 2% del valor del pago mensual como provisión de glosa, mientras se realiza la respectiva auditoria de cuenta interna (Contrato 515 de 204 – Hospital Fontibón E.S.E.)

Bajo esta perspectiva, la cláusula transcrita se centra en la transferir al contratista las consecuencias económicas de las glosas que eventualmente formulen las entidades responsables del pago de servicios de salud que presta la ESE como entidad de naturaleza estatal prestadora de tales servicios, lo que en esencia desvirtúa la naturaleza reglada de la

figura y trastorna su ámbito de aplicación extrapolándola a actores que no cuentan con la calidad de *prestadores de servicios de salud*, quedando por consiguiente despojados de la calidad de parte para controvertir y ejercer los demás derechos y potestades administrativas y legales frente a una decisión que en definitiva les afecta directamente.

3.2 ANÁLISIS TRIBUTARIO FRENTE A LAS RETENCIONES.

Administrativamente los tributos se distinguen en nacionales, departamentales y del orden municipal; y desde una perspectiva de temporalidad del tributo, estos a su vez se subdividen en permanentes y transitorios. Ejemplo de los primeros se encuentran el Impuesto al Valor Agregado – IVA y el Impuesto de Timbre y Renta y complementarios del orden nacional, al consumo de licores y cigarrillos en el nivel departamental, y municipales como el Impuesto Predial Unificado, entre otros; o transitorios como el Gravamen a los movimientos financieros (vigente hasta el 1o. de enero de 2022), impuesto de contribución especial de contratos de obra pública (vigente hasta el 21 de diciembre del 2014), las estampillas o sellos fiscales (C.E. Rad. 13408 de 2002), por mencionar alguno.

A partir del análisis conceptual de la retención como un sistema de recudo de impuestos consistente en la deducción de sumas sobre ciertos pagos o abonos en cuenta generadores de alguna obligación tributaria, conforme a los parámetros fijados por la ley, el cual tiene por objeto que el impuesto se recaude en el mismo instante en que se cause (Manual de Retención en la Fuente, 2015), emergen ciertas características que definen su naturaleza jurídica.

La principal de ella es la determinada por el origen de la obligación misma, cual es de resorte exclusivo de la Ley (*ex lege*) y por consiguiente, de orden público, en tanto se excluye la posibilidad de estipulación convencional o administrativa que conlleve su imposición o supresión. Es de carácter instrumental, pues lo que busca es garantizar el cumplimiento de una obligación principal, cual es la efectividad del impuesto (Ríos, 2001). Es de carácter autónoma, en el sentido que la retención como pago anticipado de una deuda tributaria, tiene un presupuesto de hecho distinto - el cual constituye su objeto material, al presupuesto de hecho generador del tributo y de la obligación de retener (Ríos, 2001). Es de finalidad garantista, es decir, que la retención es efectuada por las personas que determine la Ley (Queralt, 2001).

En este contexto, como lo establece el profesor Libardo Hoyos (2014), la retención en la fuente, como mecanismo de recaudo anticipado de impuestos, el cual es percibido por los agentes retenedores del Estado, se constituye en el mejor instrumento para asegurar los impuestos y contrarrestar la evasión fiscal.

Dentro del abanico tributario se encuentran los impuestos, las tasas y las contribuciones; el primero, es definido por el Consejo de estado como aquellos tributos que cumplen las siguientes características:

1. Son generales, lo cual significa que se cobran indiscriminadamente a quienes se encuentren dentro del hecho generador y no a un grupo social, profesional o económico determinado.
2. Son obligatorios.
3. No conllevan contraprestación directa e inmediata.
4. El Estado dispone de estos recursos de acuerdo con lo previsto en los planes y presupuestos, por lo tanto van a las arcas generales, para atender los servicios y necesidades públicas.
5. La capacidad económica del

contribuyente es un principio de justicia y equidad que debe ir implícito en la Ley que lo crea, sin que pierda el carácter general”. (Consejo de Estado. Sección Cuarta. Rad. 13408 de 2002. C. P. Dra. Ligia López Díaz.)

Respecto a las tasa y contribuciones, y al interior de esta última, la sub especie de contribución parafiscal, la primeras, se generan con cargo y como contraprestación a un servicio directamente prestado por la administración a quien lo solicite y sobre el cual se cobra una tarifa o tasa (Arango, 1999), o bien, para las segundas, sobre un beneficio genérico que efectiva o potencialmente puede recibir un grupo de personas preestablecido a causa de una obra o servicio públicos y sobre el cual el sujeto pasivo del gravamen coadyuva parcial o totalmente en su financiamiento o sostenimiento a través de una contribución (Plazas, 1995), la cual se diferencia de la contribución parafiscal en tanto esta última debe revertirse en beneficio del sector del cual se ha extraído, constituyéndose en un patrimonio de afectación con destinación específica que no entra a engrosar el arca común del Estado (Sentencia No. C-546/94) (Sentencia C-040/93).

En cuanto a las retenciones tributarias, las cuales obedecen en esencia a un sistema de ingreso anticipado de impuestos (Fedele, 1974), corresponde a un ejercicio exclusivo del Gobierno con el objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause (E.T. Libro II Título I); en este sentido y en aplicación al principio de legalidad tributaria, la legislación colombiana establece a nivel nacional y en particular para el distrito capital, las siguientes retenciones:

- Retención en la fuente a título de impuesto de renta (Artículo 365 del E.T.)
- Retención en la fuente a título de IVA (Ley 223 de 1995, Decreto 782 de 1996)

- Retención timbre nacional, reglamentado por el artículo 514 y siguientes del Estatuto tributario, el cual establece las actuaciones gravadas, sus tarifas y los agentes de retención.
- Retención en la fuente en el impuesto sobre las ventas, retención de impuesto de industria y comercio, avisos y tableros ICA, el cual se genera por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá, ya sea que se cumplan de forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimientos de comercio o sin ellos. (Art. 32 Decreto Distrital 352 de 2012)
- Retención en el gravamen a los movimientos financieros, contemplado en el artículo 870 del E.T., adicionado por el artículo 45 de la Ley 788 de 2002 (art. 41 Ley 1111 de 2006), el cual se genera por la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia, como por el el traslado o cesión a cualquier título de los recursos o derechos sobre carteras colectivas.
- Retención en la fuente de la estampilla Universidad Distrital Francisco José de Caldas 50 años, estampilla creada mediante Acuerdo Distrital 53 de 2002 por autorización de la Ley 648 de 2001, gravamen que por disposición del Decreto 352 de 2002, *"Por el cual se compila y actualiza la normativa sustantiva tributaria del Distrito Capital"*, se faculta a las entidades públicas contratantes para descontar a título de retención en la fuente, el uno por ciento del valor bruto del correspondiente contrato y de la respectiva adición, si la hubiere (art. 132);

tributo¹⁷ a cargo de todas las persona naturales o jurídicas que suscriban contratos con los organismos y entidades de la administración central, establecimientos públicos del Distrito Capital de Bogotá y con la Universidad Distrital¹⁸.

- Retención del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, impuesto creado por virtud de la Ley 1607 de 2012 *como el aporte con el que contribuyen las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, en beneficio de los trabajadores, la generación de empleo, y la inversión social*, y en esta misma, en su artículo 37, se faculta al Gobierno Nacional para establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE).

3.3 ANÁLISIS CONTRACTUAL FRENTE A LAS RETENCIONES.

Nuestra legislación nacional establece otras clases de retenciones, no tributarias, de naturaleza civil, como ocurre en el caso del de derecho de retención del propietario fiduciario (815 C.C.), acreedor prendario (2421 y 2426 C.C.), del comodatario (2218 C.C.),

¹⁷ El artículo 388 de la Constitución Nacional preservó el principio de legalidad del tributo, sin embargo, “la norma debió referirse al género **TRIBUTO** que de suyo engloba los impuestos, las tasas y las contribuciones. Empero, dentro de un análisis sistemático que incorpora los artículos 150, numerales 10 y 12; 313-4; y 300-4 de la Carta, imperioso es entender que la configuración normativa en comento alude al género tributo, que sin duda se realiza a través de las especies: impuesto, tasa y contribución.” Sentencia C-1097/01

¹⁸ Dentro de la órbita fiscal ¿cómo se podría definir la estampilla? Depende del rol que la misma desempeñe en la respectiva relación económica, esto es, ya como extremo impositivo autónomo, ora como simple instrumento de comprobación. Como extremo impositivo la estampilla es un gravamen que se causa a cargo de una persona por la prestación de un servicio, con arreglo a lo previsto en la Ley y en las reglas territoriales sobre sujetos activos y pasivos, hechos generadores, bases gravables, tarifas, exenciones y destino de su recaudo. Como medio de comprobación la estampilla es documento idóneo para acreditar el pago del servicio recibido o del impuesto causado, al igual que el cumplimiento de una prestación de hacer en materia de impuestos. Y en cualquier caso, la estampilla puede crearse con una cobertura de rango nacional o territorial, debiendo adherirse al respectivo documento o bien”. (Sentencia C-1097/01)

usufructuario (859 C.C.), poseedor vencido (970 C.C.), del depositarios (2258 y 2259 C.C.), mandatario (2188 C.C.), de los adjudicatarios (512 CGP), y en similar sentido del arrendatario (1995 C.C. y 26 L. 820/2003) y arrendador (2000 C.C.), este último para garantizar el pago de los cánones y perjuicios del arrendador incumplido.

Por su parte, la legislación comercial consagra el derecho de retención en los siguientes eventos: a favor del transportados frente al equipaje de y demás cosas del pasajero en el contrato de transporte de personas (1007 C.Co.), del transportador de mercancías sobre los efectos que conduzca (1033 C.Co.), del depositario (1077 C.Co.), del almacén general en el contrato de depósito (1088 C.Co.), del acreedor prendario en el contrato de prenda con tenencia (1205 C.Co.), del comisionista (1302 C.Co.), del agente en el contrato de agencia comercial (1326 C.Co.), y particularmente en relaciones de consumo, a favor del prestador de servicios que supone la entrega de un bien (Inc. 2º Par. Art. 18 Ley 1480 de 2011).

En esencia, la figura jurídica del derecho de retención en materia civil y comercial es establecida y autorizada por la Ley como garantía para asegurar el pago de las expensas necesarias para la conservación de la cosa o el pago de indemnización de perjuicios por defectos de la misma, el pago de indemnizaciones y en general de sumas de dinero e intereses.

Al igual que en materia tributaria, las retenciones en materia civil y comercial están revestidas del principio de legalidad y proscriben su empleo a situaciones más allá de las autorizadas expresamente por la Ley o mediando orden judicial que la decreta (Art. 310 CGP).

En este sentido, señala el Código Civil colombiano en su artículo 2417, frente al carácter voluntario de la prenda: *“No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia. No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las Leyes expresamente designan”*, regulación que si bien se refiere al contrato de prenda con tenencia en materia civil, ha servido como principio orientador del derecho de retención (Castro, 2004).

En definitiva, la facultad de retención es de índole legal, pues la misma se encuentra positivada en nuestro ordenamiento jurídico; a este respecto, como lo señala Radbruch, “el derecho positivo es un acto de autoridad, que da por terminada la lucha de convicciones en aras del orden social y la seguridad jurídica” (Radbruch, 1999, Citado por González, 2010).

Si bien nuestra legislación tanto civil como comercial no presentan una definición legal explícita desde una concepción contractualista frente a la facultad de retención, el concepto de la figura como de sus características y elemento esenciales se encuentra ampliamente decantado por la doctrina y la jurisprudencia tanto local como foránea.

Situación que difiere en legislaciones como la argentina, la cual desde una concepción jurídica contractual, define de manera explícita el derecho de retención en su código civil como *“la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa.”*, e igualmente reglamenta de manera organizada esta figura (Ley 340 de 1869, Art. 3939 y ss.) (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas).

En punto de definición conceptual en nuestra legislación, se puede establecer que la retención obedece a una medida de conservación especial como derecho auxiliar del acreedor (Castro, 2004) para proteger su patrimonio (Chacón, 1991), que consiste en la facultad del acreedor y tenedor de una cosa, de retener, rehusarse a restituir o conservar en su poder la cosa del deudor hasta tanto se satisfaga o asegure el pago de una deuda que guarda relación con la misma cosa (Sentencia 27 de octubre de 1938), (Sentencia 25 de agosto de 1953), (Valencia, 1973), (Ospina, 2005).

Más allá de discurrir sobre la naturaleza jurídica de la retención como derecho o facultad, o como derecho real, real imperfecto, personal o mixto, o de extendernos en discusiones teóricas doctrinales frente a las teorías restrictiva o extensiva sobre la aplicación de la figura misma, lo cual no obedece al elemento central de la presente investigación, la legislación colombiana, como lo señala el tratadista Guillermo Ospina Fernández, posición respaldada por la Corte Suprema de Justicia (Chacón, 1991), define los elementos esenciales de la retención así:

- a. Debe estar expresamente autorizada por la Ley, o por las partes en el contrato de prenda, dado el carácter excepcional y restrictivo de la institución (Ospina, 2005, p. 165).

Así mismo, se considera acertada la posición del tratadista en el sentido que la autonomía de la voluntad para la estipulación contractual del derecho de retención se circunscribe al contrato de prenda, pues es en el Título XXXVI del Código Civil, que regula el contrato de prenda, el que estipula en su artículo 2417 el carácter voluntario de la misma al señalar: *“No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que*

sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia. No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las Leyes expresamente designan.”

En similar sentido, sostiene *Planiol* frente al derecho de retención, que *“hay casos en que un acreedor que detiene una cosa perteneciente a su deudor, puede rehusar de entregarla mientras que no se ha pagado, aunque esa cosa no le haya sido dada en prenda”* (1991, p.9).

A diferencia de lo que ocurre en la legislación colombiana, la cual faculta el ejercicio de la retención para determinados casos, en la legislación argentina tal facultad es reconocida por la Ley para todos los asuntos. En ese sentido, el artículo 3.940 del código civil de la república de Argentina señala que *“se tendrá el derecho de retención siempre que la deuda ajena a la cosa detenida, haya nacido por ocasión de un contrato, o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella.”*

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, frente a la excepcionalidad de la figura ha sostenido que *“el derecho de retención es excepcional (art. 2417, inc. 2º, C.C.) y por lo tanto, su ejercicio solo procede en los supuestos expresamente previstos por la Ley, sin que haya lugar a aplicaciones analógicas o extensivas”* (Corte Suprema de Justicia, Expediente 1985-00134-01).

En igual sentido puede extraerse la citada conclusión del artículo 2426 de nuestro Código Civil, que en el numeral segundo frente a la retención de la prenda por créditos distintos al que dio lugar a ella, se tiene que únicamente el acreedor podrá retener el bien

dado en prenda, para garantizar otros créditos, siempre que se hayan *contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda*.

El citado artículo, se recalca, hace referencia no a la extensión de la prenda misma, sino al derecho de retención una vez extinguida la prenda, proscribiendo su uso, el de la retención, a créditos u obligaciones contraídas con anterioridad a la constitución de la prenda y por sobre la cosa entregada en seguridad del crédito, pues es este, la prenda, el único negocio jurídico en que convencionalmente se puede disponer de la retención del bien en garantía de la obligación principal.

b. La tenencia de la cosa retenida debe ser legítima (Castro, 2004).

El bien retenido no debe haber llegado al retenedor acreedor de manera clandestina o violenta, o contra la voluntad del deudor (Castro, 2004) y su tenencia debe corresponder a los casos autorizados por la Ley o en la convención. Sin que se pueda confundir con ello la exigencia de un vínculo contractual que lo consagre, como en efecto lo reconoce el artículo 970 del Código Civil frente al derecho de retención del poseedor vencido que

(...) consagra un caso en que el derecho de retención es un desarrollo inmediato del principio *debitum cum re junctum*, pues sin mediar contrato entre el poseedor o el retenedor vencido y el *verus dominus* que reivindica, aquél puede oponerle a éste el derecho de retención como un medio para hacerse pagar el valor de las expensas y mejoras hechas por él en el inmueble con ocasión de la cosa retenida (Corte Suprema de Justicia, Expediente 1985-00134-01, 2011).

En similar sentido como acontece en la hipótesis desarrollada por el artículo 512 del Código General del Proceso, frente al trámite de sucesión en la entrega de bienes a los adjudicatarios.

c. La cosa retenida debe ser del deudor.

Esta característica, incorporada al igual que en otras legislaciones (Leiva, 1991), una relación jurídica de propiedad o de algún otro derecho real oponible a terceros que le faculte exigir del retenedor su restitución (Castro, 2004).

La integración de esta característica fundamental en el derecho de retención, se vislumbra por oposición al concepto mismo, en el contrato de compraventa regulado por el Título XXIII Libro Segundo “de los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”, especialmente en el Capítulo VI, frente a las obligaciones del vendedor, en la cual se establece que *“si después del contrato (de compraventa) hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago”*.

No se trata de extender el derecho de retención al ámbito de la compraventa, sino como lo señala Bonivento Fernández, de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en razón a que el mismo propietario mal podría retener lo que es suyo (Chacón, 2008).

d. Debe existir un crédito cierto, líquido y exigible en cabeza de quien ejerce el derecho, frente al dueño de la cosa retenida o frente a quien tiene el derecho de exigir su restitución (Castro, 2004)

Como bien se indicó, la finalidad de la retención es asegurar la satisfacción de una deuda a cargo del dueño de la cosa frente a quien ejerce el derecho; por consiguiente, en este punto, nuevamente debemos traer a colación la figura de la prenda como principio orientador del derecho de retención (Castro, 2004, p, 26) bajo la aplicación analógica autorizada por la Ley 153 de 1887 en su artículo 8º, entendida esta como el razonamiento por el cual se:

(...) aplica la Ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada” (Colombia, Corte Constitucional (1995, marzo), “Sentencia C-083/95”, M.P, Carlos Gaviria Díaz, Bogotá).

Señala el código civil colombiano frente al derecho de retención, que no es equivalente a la prenda misma, la retención de la prenda por créditos distintos al que dio lugar a ella (2426), indicando que satisfecho el crédito en todas sus partes, el acreedor prendario deberá restituir la prenda, pero podrá retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1. Que sean ciertos y líquidos; 2. Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda; y, 3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.

De lo anterior se puede extraer, que el crédito sobre el cual se puede ejercer válidamente el derecho de retención en los eventos expresamente autorizados por la Ley, deben ser cierto, líquido y exigible, pues no resulta jurídicamente sensato una autorización

legal que permita sustraer del uso y goce al propietario de un bien cuya propiedad no se discute, con el fin de garantizar el cumplimiento de un crédito u obligación incierta, eventual o que no sea exigible, es decir, en definición del Consejo de Estado, cuando no pueda demandarse el cumplimiento de la misma por estar pendiente de un plazo o condición. (Consejo de Estado, Exp. 34201, 2008), situación que para nada puede confundirse con la conformación de un título ejecutivo o menos con la existencia de decisión judicial definitiva que la reconozca. (Castro, 2004).

- e. La cosa retenida y la obligación insoluta deben guardar relación de conexidad (Ospina, 2005).

Como claramente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

(...) uno de los supuestos en que hay lugar a reconocer el mencionado derecho es cuando “lo concede la Ley, fuera ya de todo vínculo contractual entre el dueño de la cosa y el retenedor” por existir un “debitum cum re junctum, es decir siempre que el crédito haya tenido su origen con ocasión de la cosa retenida” (Corte Suprema de Justicia, Expediente 1985-00134-01, 2011).

Faltando la conexión, no hay lugar a la retención (Ospina, 2005); en consecuencia con lo anterior, resulta contrario a derecho ejercer retención sobre un bien ajeno para garantizar el pago de una obligación inconexa de la situación jurídica generadora de su detentación.

En la jurisprudencia anotada, como lo cita Castro de Cifuentes:

(...) la Corte consideró Que el Tribunal de segunda instancia se equivocó al reconocer el derecho de retención en un juicio reivindicatorio por un crédito no de expensas y mejoras efectuadas por el poseedor sino de otro crédito a favor del

demandado, procedente del incumplimiento de un contrato de promesa de venta de inmueble, <es decir>, de un crédito de origen distinto existente entre las mismas partes es claro que lo hizo en desarrollo de la exceptio non adimpleti contractus y no en el debitum cum re junctum (...) Tal extensión de la doctrina es inadmisibles ante el texto claro del artículo 2417 del C.C. (...)” (Castro, 2004).

Como situación sui generis en la institución de la retención, la legislación comercial establece el ejercicio de este derecho para garantizar el pago de obligaciones anteriores; este único evento se consagra a favor del transportador en el contrato de transporte de mercaderías (1034) en relación con deudas exigibles del mismo remitente o del mismo destinatario según el caso, derivadas de contratos de transporte anteriores, siempre y cuando se constate que entre las partes existen relaciones de la misma índole, y que los débitos provenientes de los servicios prestados y los créditos por los abonos hechos se lleven bajo una misma cuenta.

Esta norma constituye la excepción a la regla según la cual la cosa retenida debe guardar relación con la obligación o crédito garantizado; pues el evento autorizado por la norma citada faculta al acreedor para el ejercicio de la retención con el objeto de garantizar el cumplimiento de obligaciones anteriores, sin embargo, exigiendo una cierta unidad negocial representada en la necesaria cuenta única de débitos y créditos, e identidad de partes y tipología contractual.

En el ámbito laboral, el código sustantivo del trabajo expresamente prohíbe a los empleadores “*deducir, **retener** o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial*” (59, 149) (subraya propia), con

excepción de las deducciones, retenciones o compensaciones autorizadas por la misma legislación laboral, las cuales se circunscriben a las retenciones ordenadas por cooperativas para el cubrimiento de créditos (59.b), imposición de multas por parte del empleador por retrasos o faltas al trabajo (113), cuotas sindicales, de cooperativas o cajas de ahorro autorizadas en forma legal; de cuotas con destino al seguro social obligatorio, y de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con el reglamento del trabajo debidamente aprobado (150, 400), préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario autorizadas por los inspectores de trabajo (151), convenios sobre financiación de viviendas para trabajadores por parte del empleador (152); y de manera expresa, prohíbe;

(...) los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; **deudas del trabajador para con el empleador**, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos de salario; entrega de mercancías, provisión de alimentos, y precio de alojamiento.” (149) (resaltado fuera de texto).

Sin perjuicio del régimen especial que en materia de contratación les aplica a las Empresa Sociales del Estado en tanto su naturaleza jurídica de *categoría especial de entidad pública descentralizada*, las cuales para estos efectos se rigen por el derecho privado, sin embargo de la utilización discrecional de las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública, en pronunciamiento de la Corte Constitucional para el análisis de exequibilidad del literal c) del artículo 59 y el

artículo 274 del Código Sustantivo del Trabajo referentes a la *suspensión y retención* del pago de pensiones en “*los casos de delitos contra el empleador o contra los directores o trabajadores del establecimiento, por causa o con ocasión del trabajo, así como en los casos de graves daños causados al empleador, establecimiento o empresa, hasta que la justicia decida sobre la indemnización que el trabajador debe pagar*”, y que culminó con la declaratoria de inconstitucionalidad de los citados artículo, entre otros argumentos, sostuvo la corte en varios apartes del pronunciamiento jurisprudencial lo siguiente:

(...) la privación del mismo se efectúa sin intervención de funcionario judicial alguno, y sin posibilidad de que el afectado pueda ejercer el derecho de defensa que le asiste para defender su patrimonio”; (...) es decir, que en virtud de esas normas demandadas, al trabajador sindicado, del cual no se puede aún afirmar que incurrió en delito, y que debe indemnizar el daño causado, se le priva del total de las mesadas que vayan causándose mientras se tramita el proceso penal, para que responda patrimonialmente por una obligación que aun legalmente no se ha causado; de esa manera, resultan violados los artículos 6 y 29 de la Carta Política. (...) pues hace privar el interés -que aún no el derecho- del empleador, sobre los derechos fundamentales de los menores que económicamente dependan del pensionado afectado con la aplicación de esas normas demandadas (Sentencia C-247/01).

En materia de contratación por parte de entidades públicas, como lo son las Empresas Sociales del Estado, la legislación contempla en cabeza de la entidad contratante la facultad de retención exclusivamente frente a las sumas adeudadas al sistema general de seguridad social y contribuciones parafiscales¹⁹.

¹⁹ en este sentido, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, sobre el control a la evasión de los recursos parafiscales señala: “La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de

Por su parte, el decreto 1510 de 2013 *“por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”*, subrogado por el decreto 1082 de 2015, en relación al tema de garantías en la contratación, particularmente frente al patrimonio autónomo como garantía, otorga a la sociedad fiduciaria la facultad de retener *“el uno por ciento (1%) mensual hasta completar el valor equivalente al tres por ciento (3%) del avalúo del bien o valor”*, además de asignar en cabeza de esta misma como administradora del fideicomiso, el deber de invertir las sumas retenidas *“en una cartera colectiva del mercado financiero para la conservación, defensa y recuperación de los bienes fideicomitidos y los gastos necesarios para hacer efectiva la garantía.”* (145)

3.4 JURIDICIDAD DE LA “CLAUSULA DE RETENCIÓN PARA PROVISIÓN DE GLOSAS” FRENTE A LA IGUALDAD Y EQUIDAD CONTRACTUAL.

Los elementos estructurantes de la cláusula abusiva, desarrollados por la doctrina, la Ley y la jurisprudencia, ya anotados en el presente trabajo, se concretan en *i.* la no negociación de la cláusula con la parte afectada, *ii.* El desconocimiento de los postulados de la buena fe contractual, desde una perspectiva objetiva, y *iii.* el desequilibrio injustificado y

cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas (...) “En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.”

relevante de las cargas contractuales (Sentencia 5670, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

Frente a la negociación de la cláusula, entendida como la oportunidad real de discusión y negociación para determinar a la inclusión o modulación de los alcances o efectos de la “cláusula de retención de honorarios”, vale la pena recordar lo manifestado por la ESE Hospital de Chapinero al ser consultado al respecto, en el cual se indicó en Oficio GHCH-R01A-123 de fecha 22 de junio de 2015, que la misma se estipulaba en los contratos con el objeto de minimizar el riesgo frente a posibles glosas por una actividad no ejecutada por el contratista.

En materia de libre discusión, como señala el profesor Rodríguez Yong (2013), los criterios para determinar desde la etapa precontractual, es decir, en punto a su negociación frente a si existe una verdadera negociación de la cláusula entre las partes hasta el grado de decidir su inclusión o no en el contrato con el fin de establecer si se constituye o no como cláusula abusiva en sentido formal²⁰, se concretan en si se está frente a un contrato de adhesión o de cláusulas predispuestas, en el cual se descarta la posibilidad de negociación, la fuerza y su correlativa incapacidad de negociación contractual de las partes tanto en el contenido del clausulado contractual como en el contrato mismo, el nivel de comprensión del contenido clausular y, su incorporación en “letra menuda” de estipulaciones contractuales.

Como acertadamente lo anota el profesor Suarez Beltrán (2014), en materia de negociación y libre discusión el Estado es siempre predisponente y conforme a ello, ejerce

²⁰ “Desde el punto formal o procedimental, el análisis de la cláusula se encamina a revisar la forma y el procedimiento a través del cual se acordó la estipulación” (Rodríguez, 213, pág. 62-63)

posición de dominio de negociación contractual; lo que le obliga a ejercer con mayor rigor el control frente a las posibles inclusiones de estipulaciones que puedan considerarse como abusivas a la luz del derecho vigente, atentatorias, por contera, de postulados como el de buena fe, desde una perspectiva objetiva y de equilibrio contractual.

De cara al análisis individual de cada uno de los contratos de prestación de servicios con personas naturales celebrados por las Empresas Sociales del Estado en las vigencias 2014 y 2015, es evidente la inclusión uniforme, no negociada individualmente²¹ y predispuesta por parte de las entidades públicas citadas, de la “cláusula de retención para provisión de glosas”, en los cuales no se hace evidente la inclusión o siquiera alusión a alternativas negociales que permitieran vislumbrar una posibilidad real de negociación o elección por parte del sujeto pasivo de la retención frente a la misma, lo que aunado a la reconocida posición privilegiada del Estado en materia de negociación contractual en su condición de predisponente público (Suarez, 2014), se puede establecer desde el punto de vista formal, que la retención contractual impuesta configura una cláusula abusiva.

²¹ No obstante, el Consejo de Estado, tomando para sí los pronunciamientos en este sentido emitidos por la Corte Suprema de Justicia frente a la abusividad aun en cláusulas negociadas individualmente, ha manifestado: *“el juzgador a más de las normas jurídicas que gobiernan la disciplina general del contrato, aplicará las directrices legislativas singulares en su formación, celebración, contenido, interpretación, ejecución o desarrollo y terminación, para verificar su conformidad o disparidad con el ordenamiento y, en particular, el ejercicio de poder dominante contractual o la existencia de cláusulas abusivas, o sea, todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462, Citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 41.834 M.P. Mauricio Fajardo Gómez).*

En la misma línea, en punto de vulneración del principio como el de la buena fe negocial que por efectos de su inescindible interrelación con la teoría de las cláusulas abusivas se objetiviza²² (Stiglitz, 1998).

En efecto, cuando una persona tiene la potestad de determinar el contenido de un contrato y hace uso de esta prerrogativa para imponer una cláusula que le otorga una atribución exorbitante, irrazonable e injustificada, debe entenderse que dicha actuación no se enmarca dentro de los postulados de honestidad, lealtad y corrección, valores emanados del principio mencionado. Como consecuencia de esto, se considera que el principio de la buena fe impone a las partes la prohibición de incluir cláusulas abusivas en sus relaciones contractuales” (Rodríguez, 2013, p. 36)

En idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia, al analizar un contrato de mutuo con intereses, la entidad bancaria, a quien situó en un claro ejercicio de posición dominante, determinó que en presencia de una cláusula abusiva, el juez debe resolver aplicando la teoría general que establece la prohibición de incorporar este tipo de cláusulas, lo cual se desprende del artículo 871 del Código de Comercio, referente al principio de buena fe, el cual dicta que “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe (...)”. (CSJ. 1489/2011 de 14 de diciembre).

²² Contrariando los postulados generalmente aceptados frente a la buena fe objetiva en materia de cláusulas abusivas, como los incorporados en la mayoría de las legislaciones de la CEE, Italia adoptó la garantía mínima que ofrece la Directiva Comunitaria. “(...) la sanción del artículo 1469 bis del Código civil de Italia no ha sido feliz, pues a los fines de la determinación de la existencia de una cláusula abusiva se ha expresado: ...se consideran vejatorias las cláusulas que, malgrado la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio...”. Ello ha dejado al intérprete la posibilidad de considerar dos sentidos o alcances antagónicos al texto legal: (a) que una cláusula es abusiva a pesar de la buena fe del profesional siendo suficiente con que provoque un desequilibrio significativo, interpretación que ha motivado una reacción doctrinaria que sostiene que la cláusula es abusiva sólo cuando genera un desequilibrio que se halla en contradicción con el principio de buena fe, por lo que (b) si el mentado desequilibrio no infringe tal principio, la cláusula no puede considerarse abusiva.” (Stiglitz, 1998).

Contractualmente se ha entendido la inclusión de cláusulas abusivas como el abuso de la autonomía o libertad negocial (Rodríguez, 2013); de este modo, en sede arbitral frente a la desigualdad de las partes y el abuso de posición de negociación contractual, se ha sostenido:

La aplicación de la teoría del abuso del derecho al campo contractual, específicamente al de la contratación masiva, ha dado lugar a la elaboración de la doctrina de las cláusulas abusivas (...) (Es) precisamente esa desigualdad de las partes la situación que puede dar lugar al ejercicio abusivo del derecho de contratar y del poder de negociación anejo a él, donde se centra la teoría del abuso del derecho en su modalidad de las cláusulas abusivas. Se trata de evitar el abuso de la parte fuerte en la determinación del contenido del contrato (Rodríguez, 2013, pág. 33).

Ahora bien, frente componente sustancial para determinar la abusividad de la cláusula, el cual refiere un desequilibrio de las prestaciones contractuales, violentando los postulados de igualdad y equidad contractual, debe precisarse que la doctrina de las cláusulas abusiva envuelve un desequilibrio normativo, es decir, relacionado a los derechos y obligaciones de las partes, más no esencialmente económico, sin perjuicio de que adicionalmente comporte un desequilibrio de tal carácter, ni pretende generar una milimétrica simetría de derechos y obligaciones de las partes (Rodríguez, 2013), en razón a ello, es preciso que el desequilibrio irrogado sea además de normativo, relevante y abultado, y adicionalmente, que el mismo sea injustificado, es decir, carente de una norma que lo legitime, o que deviene en desproporcionada e irrazonable (Sentencia 5670 de 2001, Corte Suprema de Justicia, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

En efecto, la cláusula impuesta crea un desequilibrio normativo cuando *i)* modifican el régimen de competencia en materia sancionatoria contractual, *ii)* involucra el quebrantamiento de derechos constitucionales como el del debido proceso y el de juez natural, *iii)* introduce retenciones por fuera de las definidas por el derecho positivo, *iv)* limitan la salvaguardia de los derechos e intereses del contratista, el cual, adicionalmente, *v)* involucra un desequilibrio económico configurado en el traslado de las eventuales consecuencias económicas por situaciones administrativas o de gestión que se encuentra en imposibilidad de controlar.

En concepto de la Sala Primera del Tribunal de Justicia Europeo, en relación al concepto de “desequilibrio importante” del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, consideró que:

La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (Directiva 93/13/CEE, Sentencia del Tribunal de Justicia).

a. Modificación de la competencia en materia contractual.

Conforme a la cláusula general de competencia consignada en el artículo 150.2 constitucional, corresponde al congreso “definir las reglas que deben orientar las relaciones contractuales, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contraídas y los criterios para determinar el monto del resarcimiento de los perjuicios originados en su incumplimiento” (Sentencia C-1008, Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

En materia contractual, las Empresas Sociales del Estado, bajo su categoría de entidades públicas descentralizadas especiales, se rigen por el derecho privado, sin perjuicio de se encuentren facultadas para emplear discrecionalmente las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

En este contexto, es pertinente resaltar, como de manera sentada lo ha sostenido la jurisprudencia, que en materia contractual las facultades sancionatorias se encuentran supeditadas al principio de legalidad, esto es, que deben corresponder a atribuciones y competencias expresamente asignadas en la Ley.

Bajo esta premisa, en el régimen contractual privado no se encuentra consignada la facultad sancionatoria económica unilateral al favor exclusivo de una de las partes; pues es de la Ley, mas no de la convención o del contrato de donde necesariamente debe emanar dicha facultad.

Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición

legal previa y expresa, en tanto que es la propia Ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, por tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la Ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la Ley y no del pacto contractual. (Sentencia 29165 de 2014, Consejo de Estado, M.P. Hernán Andrade Rincón).

Dicho de otra manera, por virtud de la “cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas”, las Empresas Sociales del Estado se auto habilitaron para arrogarse una facultad de la cual carecen legalmente, la cual es la de imponer una sanción económica unilateral al contratista, pretermitiendo el surtimiento procesal respectivo ante el juez del contrato.

Lo anterior se desprende de la destinación definitiva de los recursos económicos retenidos en caso de que se materialice de forma definitiva contra la ESE contratante, la inconformidad o glosa por parte de la entidad encargada del pago de los servicios de salud, el cual, sin mayor miramiento, pasa a ser “efectivo para la Institución”.

- b. Estipulación de retenciones por fuera de las definidas por el derecho positivo.

Definitivamente, la “cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas” no se ajusta ni se equipara a las retenciones contempladas en materia tributaria, civil, comercial, ni ninguna otra de nuestro ordenamiento jurídico.

En materia tributaria, en cuanto no se percibe como el cumplimiento de una obligación tributaria principal ni emerge de la Ley.

Teniendo en cuenta que las retenciones tributarias obedecen en esencia a un sistema de ingreso anticipado de impuestos (Fedele, 1974), para garantizar el cumplimiento de una obligación principal cual es la efectividad del impuesto para el funcionamiento de la administración pública (Ríos, 2001), se excluye la posibilidad de estipulación convencional o administrativa que conlleve su imposición o supresión.

De manera análoga, la retenciones no tributarias, de naturaleza civil y comercial, deben estar expresamente autorizada por la Ley (Ospina, 2005, p. 165); y excepcionalmente en el contrato de prenda, dado el carácter particular y restrictivo de la institución, corresponder a la garantía del cumplimiento de un crédito cierto, líquido y exigible en cabeza de quien ejerce el derecho, frente al dueño de la cosa retenida o frente a quien tiene el derecho de exigir su restitución (Castro, 2004), y recaer sobre una cosa del deudor.

En el caso particular de la retenciones impuestas por las Empresas Sociales del Estado, las cuales bajo condiciones mas o menos similares corresponden a la siguiente:

Cláusula 5. Forma de pago (...) Parágrafo 2.: El Hospital aplicará retención para protección de glosas del uno por ciento (1%) del total a pagar (Contrato 021 de 2015 – Hospital Chapinero E.S.E.)

Cláusula 5. Forma de pago (...) Parágrafo – Provisión de glosas: Se retendrá con carácter provisional el 2% del valor del pago mensual como provisión de glosa, mientras se realiza la respectiva auditoria de cuenta interna (Contrato 515 de 2014 – Hospital Fontibón E.S.E.)

De lo anterior se desprende de manera ostensible algunos elementos que permiten concluir que la figura empleada por las entidades publicas no corresponde a los parámetros fijados por la Ley para su uso, tales como: que la obligación de pago a cargo del contratista frente a su eventual responsabilidad se configura por la igualmente eventual generación de una glosa a cargo de la ESE; en efecto, de trata de una obligación inexistente, no nacida, apenas eventual, por consiguiente, no hay una relación acreedor – deudor que justifique su utilización ni mucho menos la calidad de cierto, líquido y exigible del mismo, con lo cual se desborda la finalidad de la figura, asegurando la satisfacción de una deuda a cargo del dueño de la cosa frente a quien ejerce el derecho.

En virtud de esto, no incorpora una relación jurídica de propiedad o de algún otro derecho real oponible a terceros que le faculte al contratista exigir del retenedor su restitución (Castro, 2004), pues los dineros retenidos no han salido de la propiedad del Hospital, y por consiguiente, no han entrado a ser parte de los bienes del contratista, más allá del derecho personal que por virtud del contrato mismo le asiste para reclamar de la ESE su pago, lo que de paso fuerza concluir la inexistencia de conductas delictivas eventualmente atentatorias contra el patrimonio económico, como el abuso de confianza, pues el verbo rector y el elemento instrumental que configura el delito, es la apropiación de cosa mueble ajena (Art. 249, Ley 599 de 2000).

En esencia, se trata de una retención de los bienes propios de la entidad, situación que se ajusta a la prevista en aplicación de la excepción de contrato no cumplido, pues el mismo propietario mal podría retener lo que es suyo (Chacón, 2008), bajo el agravante, se reitera, que se trata de un posible y eventual incumplimiento.

En este sentido, como lo señala Castro de Cifuentes (2004), la retención se sumas de dinero debe igualmente atender a la naturaleza de la retención, cual es la que el bien retenido no se puede confundirse con los bienes del retinente, ni ingresarlos a su patrimonio, debiendo en consecuencia reflejar que el dinero retenido lo está por cuenta de un otro.

De lo anterior, resulta infructuoso profundizar en el análisis de conexidad entre la cosa retenida y la obligación isoluta, pues conforme a lo analizado, se carece de los elementos esenciales de la retención en materia civil y comercial, cuales son la existencia de una obligaión cierta, y la necesaria relación de propiedad o algún otro derecho real oponible a terceros entre el deudor de la obligación que por efecto de la retención se pretende garantizar, y la cosa retenida.

De manera semejante sería inapropiado entrar a examinar la legitimidad en la tenencia de la cosa retenida, pues tanto el bien como su propiedad en ningún momento se ha desprendido del retenedor, lo que descarta la clandestinidad o violencia de la retención (Castro, 2004).

Incluso admitiendo por un momento que se tratare de una retención autorizada por la Ley, es claro, como ya fue expuesto, que el retenedor no puede aplicar de manera directa la

compensación, sino mediando Sentencia Judicial en proceso declarativo que se reconozca la existencia de obligaciones recíprocas y compensables (Castro, 2004).

Tampoco corresponde a aquellas que en materia de contratación por parte de entidades públicas, como lo son las Empresas Sociales del Estado, la legislación contempla en cabeza de la entidad contratante, cual es la facultad de retención exclusivamente frente a las sumas adeudadas al sistema general de seguridad social y contribuciones parafiscales, ni por supuesto, a las que emergen del ámbito laboral, habida cuenta el régimen jurídico mediante el cual se vincula al personal contratista con la ESE, el cual no corresponde a uno de esta naturaleza.

c. Limitación en la protección de los derechos del contratista

En efecto, el contratista queda vinculado a los resultados de un procedimiento administrativo desplegado entre el prestador de servicios de salud (ESE) y la entidad responsable del pago (Distrito Capital), tratándose de un procedimiento reglado de respuesta a glosas y devoluciones, el cual involucra taxativamente las causales de devolución de facturas.

En esencia, se somete al contratista a las eventuales consecuencias por efecto de situaciones administrativas o de gestión que se encuentra en imposibilidad de controlar. Tal sería el caso en que por indebida justificación por culpa o negligencia de la entidad prestadora del servicio de salud o área encargada de resolver las glosas preliminares generadas por la entidad responsable de pago, se configure una glosa definitiva.

En resumen, se vincula la decisión de un tercero surtida en ejercicio de un proceso que le es ajeno al contratista de prestación de servicios, como definitiva para determinar frente al cumplimiento del contrato, mediante la asunción de las consecuencias económicas que el trámite de imposición definitiva de glosa comporta.

3.4.1. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

Como lo señala el profesor Bernal Pulido, el concepto jurídico de proporcionalidad, de ascendencia germana adoptado en la mayoría de países latinoamericanos, se constituye como un criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales, cuyo uso se ha extendido con respecto a actuaciones legislativas, administrativas, judiciales y de los particulares sobre los derechos fundamentales, *“en el que su tercer elemento, es decir, la ponderación, se ha vuelto casi imprescindible”*(Bernal, 2011).

En efecto, la incorporación y aplicación de la cláusula citada involucra el quebrantamiento de derechos constitucionales como el del debido proceso, juez natural, el cual deberá ser contrastado con la medida exceptiva en términos de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que ella afecta, según se ha anotado, derechos fundamentales. (Sentencia C-038 de 1996).

En consecuencia, la incorporación de la cláusula de *“retención de honorarios para provisión de glosas”* mediante la cual se exceptúa la aplicación general al principio del debido proceso y juez natural del contrato, solamente será admisible si el derecho que se pretende salvaguardar, reviste una mayor importancia en cuanto al derecho en sí mismo

considerado, como frente al nivel de afectación que se espera prevenir, lo cual en su conjunto, debe responder a un bien mayor que requiera de especial protección.

Como se ha anotado de manera extensa en el presente trabajo, *“en el Derecho Colombiano existe una clara tendencia a proscribir y limitar los acuerdos que contengan cláusulas abusivas, vejatorias, leoninas, esto es aquellas que muestren de manera evidente, injustificada e irrazonable una total asimetría entre los derechos, prestaciones, deberes y/o poderes de los intervinientes, en especial cuando uno de ellos sea el mismo Estado”*. (Consejo de Estado 2009-00199-01(41834))

El principio de razonabilidad, en tanto que límite a la actividad del legislador, implica la exclusión de toda decisión adoptada de manera manifiestamente absurda, injustificada o insensata, vale decir, apartándose de los designios de la recta razón. Para autores como Tixier, la noción de razonabilidad puede “permitir al juez ejercer un cierto control sobre la finalidad de los actos particulares o de las autoridades públicas frente a una regla general que éstas han establecido”. (C-872 de 2003)

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado (Sentencia No. C-022/96)

En punto de proporcionalidad, la Corte Constitucional colombiana ha sentado unos parámetros concretos para su análisis, a partir de dos presupuestos, uno formal o legitimidad, asentado en el principio de legalidad el cual exige que la medida limitativa se encuentre prevista o autorizada por la ley; y un presupuesto material el cual atiende a su legitimidad desde una concepción teleológica, es decir, que cuente con la entidad necesaria para contener los derechos restringidos (C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008).

A este último respecto, la misma Corte Constitucional, adoptando la doctrina europea, ha señalado que el concepto de proporcionalidad comprende los conceptos de :

(...) adecuación [o idoneidad] de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.” (Sentencia No. C-022/96, C-636 de 2009, T-493-10, entre otras).

En similar sentido, el Consejo de estado ha señalado que

(...) la exigencia del principio de proporcionalidad es necesaria para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”. (...) (Consejo de Estado. Sentencia 1998-00731-01(19434)

Estudiando este mismo principio, frente a la razonabilidad, la conmutatividad, la equivalencia y la proporcionalidad, el Consejo de Estado los concretaba como “*criterios que deben servir de parámetro al momento de determinar el equilibrio mínimo que debe caracterizar la relación negocial*”, sentenciando que lo irrazonable o lo desproporcionado, “*en especial de la parte débil, debe ser el punto de entrada para que los controles legales, administrativos y judiciales tengan plena operancia y se garantice la congruidad y la equidad sustancial y esencial de las prestaciones*”. (Consejo de Estado Sentencia 2009-00199-01(41843)).

En ese orden, analizaremos la estipulación contractual frente a cada uno de los componentes que integran el *test* de proporcionalidad desarrollado por la Corte Constitucional:

a. **Que la medida limitativa se encuentre prevista o autorizada por la ley.**

Como se anotó de manera profusa, la facultad de retención es de índole legal, pues la misma se encuentra positivada en nuestro ordenamiento jurídico; en esencia, “*el derecho de retención es excepcional (art. 2417, inc. 2º, C.C.) y por lo tanto, su ejercicio solo procede en los supuestos expresamente previstos por la Ley, sin que haya lugar a aplicaciones analógicas o extensivas*” (Corte Suprema de Justicia, Expediente 1985-00134-01).

En suma, amen de que la *retención* efectuada por las ESE Chapinero y Fontibón no corresponden sustancialmente a la figura legal de retención que contempla nuestro ordenamiento jurídico (civil, comercial, administrativo, tributario, laboral), esta figura no se encuentra autorizada de manera general para todos los casos, y particularmente, la referida

a retención de honorarios como garantía de calidad de obligaciones contractuales, no se encuentra prevista en la ley ni de la misma se desprende su autorización, pues, se reitera, dicha facultad es excepcional.

En igual sentido, los reglamentos internos de las ESE en materia de contratación: Acuerdo 06 de 2014, *por medio del cual se adopta el Estatuto de Contratación del Hospital Chapinero E.S.E*, Resolución 206 del 27 de agosto de 2014, *por medio del cual se expide el manual de contratación del Hospital Chapinero E.S.E.*, Acuerdo 08 de 2014, *por medio del cual se adopta el Estatuto de Contratación del hospital Fontibón Empresa Social del Estado*, y Manual de Contratación y Supervisión Hospital Fontibón ESE - 2014., en manera alguna prevén la fijación o estipulación de retención de honorarios para provisión de glosas.

En concreto, la retención de honorarios para provisión de glosas por parte de las Empresas Sociales del Estado Chapinero y Fontibón, no se encuentra prevista ni autorizada por la ley, lo que en estricto sentido concluye la ilegitimidad e irrazonabilidad de la misma considerando que no cumple con el presupuesto del test de proporcionalidad para que la medida pueda ser aceptada constitucionalmente, sin embargo, para efectos del presente ejercicio será necesario continuar analizando los demás elementos que integran el test de proporcionalidad.

b. Que la disposición sea adecuada o idónea para la consecución del fin perseguido.

Conforme se desprende de las estipulaciones contractuales objeto de estudio y conforme a lo expresado por el Hospital de Chapinero: *la medida obedece a la necesidad de minimizar el riesgo frente a una posible glosa, por una actividad no ejecutada por el*

contratista; se encamina a salvaguarda los efectos económicos adversos que una eventual imposición definitiva de glosas generen a la E.S.E.

Es claro que la finalidad de mitigar dichos efectos que de forma negativa impactarían los intereses económicos de la Entidad, protegiendo la integridad de los recursos públicos invertidos para la adquisición de servicios no retribuidos de la forma esperada, obedece a un deber constitucional de todas las entidades del estado (art. 267 Constitucional y 3º de la Ley 610 de 2000)

En este punto, en el cual no se analizan las condiciones en las cuales se persigue la protección de los intereses y recursos públicos de la Entidad, se evidencia que la medida se orienta a la consecución de intereses legítimos, por lo cual sí cumple con el presupuesto analizado (Sentencia T493/10).

c. Que la disposición sea necesaria.

En el marco de la contratación pública, institucionalmente se han desarrollado instrumentos metodológicos que le han permitido a las entidades públicas, no solamente a las regidas en materia contractual por el Estatuto General de Contratación Estatal, sino las demás aquellas entidades de naturaleza pública con regímenes especiales de contratación, desarrollar mecanismos que les permitan administrar de manera adecuada los riesgos generados en la actividad contractual, permitiendo la estimación anticipada de tales contingencias.

En este contexto, instrumentos como el CONPES 3714 y el *“Manual para la Identificación y Cobertura de Riesgos en los Proceso de Contratación”*, de Colombia

Compra Eficiente, los cuales incluye, entre otros, los riesgos cubiertos bajo el régimen de garantías.

Además de que los referidos Acuerdos, por los cuales las ESE adoptan su estatuto de contratación, reproducen en gran medida conceptos desarrollados por el CONPES 3714 y regulan de manera sincronizada lo referente a la estipulación de garantías en la contratación: Artículo 24 del Acuerdo 06 de 2014, por medio del cual se adopta el Estatuto de Contratación del Hospital Chapinero ESE, y artículo 24 Acuerdo 08 de 2014, por medio del cual se adopta el Estatuto de Contratación del hospital Fontibón Empresa Social del Estado.

En aquellos reglamentos, se incorporan como clases de garantías las contenidas en póliza de seguros, patrimonio autónomo, garantía bancaria y títulos valores con el objeto de cubrir los riesgos referentes a: seriedad de oferta, cumplimiento del contrato, manejo de anticipo, calidad y funcionamiento de bienes, pago de salarios y prestaciones sociales, estabilidad de obra, responsabilidad civil extracontractual, manejo de recursos públicos para particulares, provisión de repuestos y manejo de inventarios.

En ese contexto, es claro que en tanto los mismos estatutos contractuales de las Empresas Sociales del Estado Chapinero y Fontibón contemplan medidas de previsión de riesgos menos onerosas en términos de sacrificio de derechos y garantías constitucionales, no obstante *“pese a buscar un fin legítimo y de ser adecuada, puede cambiarse por otra menos onerosa sin dejar de cumplir el fin que persigue.”* (Sentencia T-493-2010)

En consecuencia, tampoco se cumple con este presupuesto para que la estipulación contractual se considere legítima.

d. Que la disposición sea proporcional en sentido estricto.

La disposición contractual, en punto de proporcionalidad en sentido estricto, se muestra a todas luces desproporcionada, entre tanto involucra el quebrantamiento de derechos constitucionales como el del debido proceso y de juez natural, para salvaguardar intereses meramente económicos, el cual, a todas luces, en tanto derecho particular, es de un peso constitucionalmente inferior al sacrificado.

Como se anotó anteriormente, en el régimen contractual privado no se encuentra consignada la facultad sancionatoria económica unilateral al favor exclusivo de una de las partes; pues es de la Ley, mas no de la convención o del contrato de donde necesariamente debe emanar dicha facultad.

En consecuencia, la estipulación contractual de “retención de honorarios para provisión de glosas” introducida por las Empresas Sociales del estado Chapinero y Fontibón para las vigencias 2014 y 2015 dentro de contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión celebrados con personas naturales, *carece de una justificación razonable, en cuanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad* (C-022/96).

CAPÍTULO IV

4. LA CLÁUSULA VEJATORIA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS.

4.1 EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CONDICIÓN VEJATORIA DE LA CLÁUSULA.

En materia de cláusulas abusivas, el derecho colombiano no regula de manera simétrica los efectos jurídicos de estas; para estos propósitos, se ha reconocido tanto la ineficacia como la nulidad, en tanto su diferencia radica en la necesaria declaración judicial o en sede administrativa (Suarez, 2014).

En punto de ineficacia, es la misma norma la que expresamente la establece, opera de pleno derecho, pues no de otra forma puede entenderse el artículo 897 del Código de Comercio:

“INEFICACIA DE PLENO DERECHO. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”

Frente a los efectos de la ineficacia, la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado:

“Si ello es así, no erró el Tribunal al confirmar la sentencia de primer grado, que a su vez había condenado a la compañía de seguros a pagar intereses moratorios desde el 5 de julio de 1989 (la reclamación se presentó el 11 de abril anterior, fls. 152 y 153, cdno. 1o), bajo la consideración de que no era necesaria una sentencia que declarara el incumplimiento, toda vez que este tipo de cláusulas restrictivas, como la aquí

invocada por la censura (fl. 149, ib.) -calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas-, eran nulas absolutamente por mandato del numeral 1o del artículo 899 del Código de Comercio, hoy ineficaces según el literal a) del numeral 2o del artículo 184 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) (...). (Colombia, Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Cívil) (2001, febrero), “Sentencia 5670”, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá).

Por su parte, es el Código Civil el que se ocupa de los efectos de la nulidad, circunscribiéndolos a las restituciones mutuas:

ARTICULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Por consiguiente, como lo anota Rodríguez Yong (2013), la posición jurisprudencial mayoritaria para aquellos eventos en los cuales la Ley de manera expresa no señala un efecto jurídico concreto, es la nulidad absoluta (Londoño, 2014).

En tratándose de cláusulas abusivas, la jurisprudencia colombiana ha sido reiterativa en establecer el efecto de nulidad absoluta, por violación directa del artículo 95 constitucional, el cual señala como deber de todo ciudadano colombiano, el respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (Rodríguez, 2013).

Ciertamente, la trasgresión a norma imperativa se constituye como factor común de nulidad tanto en la legislación civil²³ (art. 1518) como en la comercial²⁴ (art. 899.1), precisando que aquella, conforme a lo estipulado por el artículo 1741, lo es por la *“omisión de algún requisito o formalidad que las Leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos”*

En efecto, como lo ha señalado la jurisprudencia reciente, *“Lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes”* (Sentencia 1489, Corte Suprema de Justicia, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar).

²³ ARTICULO 1518. REQUISITOS DE LOS OBJETOS DE LAS OBLIGACIONES. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y **moralmente imposible el prohibido por las Leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.**

²⁴ ARTÍCULO 899. NULIDAD ABSOLUTA. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) **Cuando contraría una norma imperativa**, salvo que la Ley disponga otra cosa (...)

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, en aplicación analógica ajustada a lo autorizado por la Ley 153 de 1887 en su artículo 8º, entendida esta como el razonamiento por el cual se “(...) aplica la Ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está (...) y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada” (Sentencia C-083/95”, Corte Constitucional, M.P, Carlos Gaviria Díaz, Bogotá), consideramos que nada obsta para que a pesar de la sanción de nulidad aplicable, se incluya la contemplada en el artículo 830 del Código de Comercio, el cual señala: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

A este respecto, la doctrina especializada como la jurisprudencia, son enfáticos en señalar que la inclusión de cláusulas abusivas constituye un ejercicio abusivo del derecho de la autonomía negocial, violatorio del artículo 95 de la Constitución, normativa de naturaleza eminentemente imperativa y por consiguiente, bajo una lectura congruente del artículo aludido, susceptible de indemnización de perjuicios (Suarez, 2014).

Conforme a ello, para que prospere la indemnización de perjuicios producto del abuso del derecho que incorpora la inclusión de cláusulas abusivas, contenido en el artículo 830 del Código de Comercio, deberá demostrarse previamente un ejercicio abusivo del derecho, en los términos del artículo citado (Sentencia 20968, Consejo de Estado, M.P. Luis Carlos Pérez Barrera).

4.2 ACCIONES LEGALES Y PROPUESTA JURÍDICA.

De lo descrito, la acción judicial procedente es la de controversias contractuales, contenida en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”:

Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la Ley.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad atribuible a los representantes de las Entidades Públicas, tanto en materia fiscal, por “la responsabilidad (...) cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado” (Ley 610 de 2000); como en materia disciplinaria: en este contexto, la Ley 734 de 2002, señala como faltas graves y leves, “el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la Ley.” (art. 50)

Para efectos de la mitigación del riesgo que se evidencia, tanto personal de los representantes legales por efectos de la inclusión de cláusulas abusivas en contratos públicos en claro ejercicio abusivo de posición dominante de negociación contractual, como de los efectos económicos adversos que comporta la fijación de una glosa definitiva impuesta por parte de la entidad responsable de pago de los servicios de salud que prestan las E.S.E., la alternativa contractual y legal resulta obvia, acudiendo a las alternativas que ofrece el estatuto contractual administrativo, el cual permea en cuanto a principios la contratación con recursos públicos como lo es la desplegada por las Empresa Sociales del Estado.

En este escenario, la Ley 1150 de 2007, integra un régimen de garantías en materia de contratación, mediante el cual los contratistas pueden prestar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, ofreciendo alternativas en cuanto a instrumentos de garantía, referentes a póliza de seguros, patrimonio autónomo en garantía mediante fiducia mercantil, garantía bancaria y cartas de crédito *stand by* a primer requerimiento.

En este contexto, conforme a lo descrito lo largo del presente trabajo, será menester de la entidad pública acudir al juez del contrato para declarar su incumplimiento, en el cual se salvaguarde el derecho de audiencia y contradicción que le asiste a los contratistas, y hacer efectiva la garantía constituida en la cuantía del daño que resulte probado en el proceso.

CONCLUSIONES

Nuestra legislación, dentro de lo cual se incluye el precedente judicial, ha desarrollado un sistema abierto para determinar la validez o no de las estipulaciones contractuales en aplicación de la doctrina de las cláusulas abusivas como límite a la autonomía o libertad negocial, a partir de principios generales del derecho como el de la buena fe objetiva y equidad, y acudiendo a conceptos metodológicos como el de razonabilidad y proporcionalidad, para determinar, junto con otros factores, la abusividad de la cláusula, así como la sanción procedente.

So bien los conratos de prestación de servicios profesioanles y de apoyo celebrados por las Empresas Sociales del Estado detentan la naturaleza de conratos estatles, su regulación en cuanto a obligaciones, concentimiento y objeto, se regulan por el derecho privado, la jurisprudencia nacional ha aceptado de manera pacífica la aplicación de teoría e las cláusulas abusivas, la cuale, como lo señala el profesor Suarez Beltrán, se aplica para todo el mundo del contrato estatal, conforme se desprende de la remisión mormativa de los artículo 13 y 40 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Suarez, Gonzalo. 2014).

La doctrina de las cláusulas abusivas proponen un límite frente al principio de libertad contractual o autonomía contractual, impidiendo que una de las partes, mediante el ejercicio injustificado de la libertad negocial, abuso de su posición privilegiada de negociación para

imponer vía clausula contractual, cargas que comporten beneficios infundados o arbitrarios en su exclusivo beneficio. (Rodrigues, 2013).

En este contexto, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y posteriormente el Consejo de Estado, han señalado como elementos cráterísticos de la clausula abusiva, la estipulación contractual de *i.* quien en ejercicio abusivo de posición de dominio contractual *ii.* no la haya negociado “realmente” de manera individual, *iii.* lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial objetiva, y *iv.* se genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes, de lo cual se desprende la necesaria *v.* razonabilidad y proporcionalidad de la medida (Corte Suprema de Justicia, 2001) (Consejo de Estado Rad. 2009-0199 Exp. 41.834).

Como resultado de la investigación realizada, se confirma de manera clara la hipótesis planteada frente a que la “*cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas*” incorporadas por la Empresas Sociales del Estado, ESE Fontibón y ESE Chapinero de la ciudad de Bogotá para las vigencias 2014 – 2015, en los contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión celebrados con personas naturales configuran cláusulas abusivas en tanto violan el principio de equidad contractual, y por consiguiente, susceptibles de declaratoria de nulidad.

Cláusula 5. Forma de pago (...) Parágrafo 2.: El Hospital aplicará retención para protección de glosas del uno por ciento (1%) del total a pagar (Contrato 021 de 2015 – Hospital Chapinero E.S.E.)

Cláusula 5. Forma de pago (...) Parágrafo – Provisión de glosas: Se retendrá con carácter provisional el 2% del valor del pago mensual como provisión de glosa, mientras se realiza la respectiva auditoria de cuenta interna (Contrato 515 de 204 – Hospital Fontibón E.S.E.)

La conclusión arribada, implica entre otros, la nulidad de las cláusulas de “retención de honorarios para provisión de glosas” pactadas de manera abusiva en los contratos 2000-14, 2145-14, 2003-14, 1908-14, 2182-14, 2176-14, 2175-14, 2173-14, 1843-14, 2181-14, 2177-14, 2174-14, 570-14, 2091-14, 1842-14, 2155-14, 2162-14, 2154-14, 2153-14, 2090-14, 2157-14, 2161-14, 2156-14, 2146-14, 1966-14, 1941-14, 2147-14, 2129-14, 2128-14, 2126-14, 2131-14, 2027-14, 2102-14, 2100-14, 1834-14, 2088-14, 1793-14, 2093-14, 2094-14, 2095-14, 2096-14, 2092-14, 1948-14, 2087-14, 2089-14, 1295-15, 1294-15, 1292-15, 1293-15, 928-15, 930-15, 931-15, 932-15, 933-15, 929-15, 934-15, 936-15, 890-15, 467-15, 880-15, 881-15, 930-15, 578-15, 877-15, 404-15, 915-15, 787-15, 617-15, 901-15, 884-15, 878-15, 902-15, 889-15, 864-15, 897-15, 790-15, 896-15, 791-15, 785-15, 668-15, 667-15, 466-15, 465-15, 464-15, 463-15, 462-15, 899-15, 885-15, 891-15 (Colombia Compra Eficiente), suscritos por la E.S.E Fontibón, como los contratos 455-14, 453-14, 449-14, 446-14, 444-14, 439-14, 442-14, 445-14, 443-14, 433-14, 431-14, 432-14, 429-14, 430-14, 427-14 (Colombia Compra Eficiente), suscritos por la E.S.E Chapinero, entre muchos otros, en los cuales se retuvieron por efectos de la cláusula incorporada, sumas cercanas a los Trescientos Diecisiete Millones de Pesos.

A la anterior conclusión se arriba mediante el análisis particular y detallado de los elementos jurídicos comunes que confluyen en las prenotadas cláusulas, a saber:

1. Frente al ejercicio de la posición dominante de negociación contractual, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la misma se verifica en la supremacía que puede ejercer una de las partes en la disposición unilateral de su contenido y en la administración de su ejecución (CSJ. 1489/2011 de 14 de diciembre), a lo cual, en este sentido se tiene que “el estado es siembre “predisponente” y, en ese sentido, ejerce un “posición dominante contractual” (Suárez, 2014, p. 225).

Sin lugar a dudas, la estructura jurídica contractual administrativa otorga a la entidad pública la administración de la ejecución del contrato, y concretamente la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato (art. 14 Ley 80 de 1993) a través de la estipulación de cláusulas excepcionales al derecho común, como los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento de los fines de la contratación, entre ellas las Empresas Sociales del Estado, por expresa disposición del artículo 195.6 de la Ley 100 de 1993.

2. De cara al análisis individual de cada uno de los contratos de prestación de servicios con personas naturales celebrados por las Empresas Sociales del Estado en las vigencias 2014 y 2015, se evidenció la inclusión uniforme, no negociada individualmente y predispuesta por parte de las entidades públicas citadas, de la “cláusula de retención para provisión de glosas”, en los cuales no se hizo evidente la inclusión o siquiera alusión a

alternativas negociales que permitieran vislumbrar una posibilidad real de negociación o elección por parte del sujeto pasivo de la retención frente a la misma.

3. La cláusula de retención de honorarios para provisión de glosas representa la vulneración del principio de la buena fe negocial que por efectos de su inescindible interrelación con la teoría de las cláusulas abusivas se objetiviza (Stiglitz, 1998), amén del significativo desequilibrio normativo de las partes.

Como consecuencia de esto, el principio de la buena fe objetiva impone a las partes la prohibición de incluir cláusulas abusivas en sus relaciones contractuales” (Rodríguez, 2013, p. 36).

4. Frente al componente sustancial para determinar la abusividad de la cláusula, el cual refiere un desequilibrio de las prestaciones contractuales, violentando los postulados de igualdad y equidad contractual, la doctrina de las cláusulas abusiva envuelve un desequilibrio normativo, es decir, relacionado a los derechos y obligaciones de las partes, más no esencialmente económico, sin perjuicio de que adicionalmente comporte un desequilibrio de tal carácter, ni pretende generar una milimétrica simetría de derechos y obligaciones de las partes (Rodríguez, 2013), en razón a ello, es preciso que el desequilibrio irrogado sea además de normativo, relevante y abultado, y adicionalmente, que el mismo sea injustificado, es decir, carente de una norma que lo legitime, o que deviene en desproporcionada e irrazonable (Sentencia 5670 de 2001, Corte Suprema de Justicia, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

En efecto, la cláusula impuesta creó un desequilibrio normativo cuando *i)* modificó el régimen de competencia en materia sancionatoria contractual, *ii)* involucró el quebrantamiento de derechos constitucionales como el del debido proceso y el de juez natural, *iii)* introdujo retenciones por fuera de las definidas por el derecho positivo, *iv)* limitó la salvaguardia de los derechos e intereses del contratista, el cual, adicionalmente, *v)* involucró un desequilibrio económico configurado en el traslado de las eventuales consecuencias económicas por situaciones administrativas o de gestión que se encuentra en imposibilidad de controlar.

5. En punto de razonabilidad, se debe verificó la legalidad, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la cláusula, a lo cual se concluyó:

5.1 Frente a la facultad legal que de pactarla en los contratos, partiendo del concepto desde un contexto legal de la *glosa*, la cual es definida por el *Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas*, contenido en el Anexo Técnico No. 6 de la Resolución 3047 de 2008 del Ministerio de la Protección Social²⁵, como:

(...) una no conformidad que afecta en forma parcial o total el valor de la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la

²⁵ Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007; modificado parcialmente por la resolución 4331 de 2012.

revisión integral, que requiere ser resuelta por parte del prestador de servicios de salud” (Min Protección Social, 2008, p. 1).

De lo anterior, evidentemente se desprende la facultad legal para la incorporación de glosas se restringe a los contratos de prestación de servicios de salud, esto es, el celebrado entre las entidades responsables del pago y los prestadores de servicios de salud (Súper Salud, 2013-1), excluyendo su estipulación a contratos de prestación de servicios de apoyo como los que ocupan la presente investigación, excluyendo de tajo la asimilación que pueda hacerse de la facultad de glosa con la figura de “retención de honorarios para provisión de glosas” incorporada por las Empresa Sociales del estado en sus contratos de apoyo.

En síntesis, la cláusula transcrita se centra en la transferir al contratista las consecuencias económicas de las glosas que eventualmente formulen las entidades responsables del pago de servicios de salud que presta la ESE como entidad de naturaleza estatal prestadora de tales servicios, lo que en esencia desvirtúa la naturaleza reglada de la figura y trastorna su ámbito de aplicación extrapolándola a actores que no cuentan con la calidad de *prestadores de servicios de salud*, quedando por consiguiente despojados de la calidad de parte para controvertir y ejercer los demás derechos y potestades administrativas y legales frente a una decisión que en definitiva les afecta directamente.

Frente a la facultad de retención del derecho civil, comercial, laboral y administrativo, la misma es de índole legal, pues se encuentra positivada en nuestro ordenamiento jurídico *y por lo tanto, su ejercicio solo procede en los supuestos expresamente previstos por la Ley, sin que haya lugar a aplicaciones analógicas o extensivas*” (Corte Suprema de Justicia, Expediente 1985-00134-01); y particularmente la retención pactada, no

corresponden sustancialmente a la figura legal de retención que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

A la anterior conclusión se arriba sin mayor discusión, pues aun cuando admitamos que la retención facultativa opera más allá del contrato de prenda, como se explicó, en este caso, la cosa retenida, los honorarios, no son del deudor, en razón a que los dineros retenidos nunca han salido del patrimonio ni de las cuentas de la entidad pagadora; ni se trata de garantizar el cumplimiento de un crédito ciertos y líquidos, contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda, y que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior, pues no resulta jurídicamente sensato una autorización legal que permita sustraer del uso y goce al propietario de un bien cuya propiedad no se discute, con el fin de garantizar el cumplimiento de un crédito u obligación incierta, eventual o que no sea exigible, es decir, en definición del Consejo de Estado, cuando no pueda demandarse el cumplimiento de la misma por estar pendiente de un plazo o condición. (Consejo de Estado, Exp. 34201, 2008).

5.2 En punto de idoneidad de la medida, es claro que la finalidad de la misma es la de mitigar dichos efectos que de forma negativa impactarían los intereses económicos de la Entidad, protegiendo la integridad de los recursos públicos invertidos para la adquisición de servicios no retribuidos de la forma esperada, obedece a un deber constitucional de todas las entidades del estado (art. 267 Constitucional y 3º de la Ley 610 de 2000).

5.3 Como se anotó, es claro que en tanto los mismos estatutos contractuales de las Empresas Sociales del Estado Chapinero y Fontibón contemplan medidas de previsión de riesgos menos onerosas en términos de sacrificio de derechos y garantías constitucionales, no obstante *“pese a buscar un fin legítimo y de ser adecuada, puede cambiarse por otra menos onerosa sin dejar de cumplir el fin que persigue.”* (Sentencia T-493-2010).

5.4. En el régimen contractual privado no se encuentra consignada la facultad sancionatoria económica unilateral al favor exclusivo de una de las partes; pues es de la Ley, mas no de la convención o del contrato de donde necesariamente debe emanar dicha facultad.

En consecuencia, la estipulación contractual de “retención de honorarios para provisión de glosas” introducida por las Empresas Sociales del estado Chapinero y Fontibón para las vigencias 2014 y 2015 dentro de contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión celebrados con personas naturales, *carece de una justificación razonable, en cuanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad* (C-022/96).

ANEXOS.

1. Oficio GHCH-R01A-123 de fecha 22 de junio de 2015, suscrito por la Gerente del Hospital Chapinero E.S.E. y Oficio 20159980015271 de fecha 29 de julio de 2015, suscrito por la Gerente del Hospital Fontibón E.S.E.

GHCH-R01A-123
Bogotá, Junio 22 de 2015

Asunto: – Su comunicación del 10 de junio de 2015

Respetada señora:

Nos referimos a su comunicación de la referencia, mediante la cual solicita información acerca de asuntos relacionados con la celebración de contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades o productos de apoyo a actividades de salud pública contratadas por la Secretaría de Salud del Distrito.

Sobre el particular me permito informarle que daremos respuesta a sus inquietudes en el mismo orden en que fueron planteadas:

1. La retención de glosa en los contratos celebrados para el desarrollo de actividades del plan de intervenciones colectivas, de naturaleza similar al de su ejemplo, es una estipulación contractual establecida en tales contratos.

Los contratos que celebra el Hospital Chapinero ESE para el desarrollo de su objeto misional, acorde con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, se rigen por las normas de derecho privado y aquellas de derecho público acogidas discrecionalmente. El Hospital mediante el Acuerdo No. 06 de 2014 de la Junta Directiva expidió el Estatuto Contractual que actualmente le rige.

Ahora bien, creo importante ilustrarla acerca del objeto de los contratos de prestación de servicios que le inquietan. En efecto, el Hospital Chapinero celebra con el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD** el convenio interadministrativo, cuyo objeto es realizar las actividades del plan de intervenciones colectivas en el Distrito Capital en concordancia con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Plan Territorial de Salud y el Plan de Desarrollo, de acuerdo con las necesidades y prioridades de la población en los diferentes territorios, mediante la implementación de acciones de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, vigilancia en salud pública y gestión de la salud pública, asuntos y acciones de competencia de la Secretaría

Calle 66 # 15 - 41
www.esechapinero.gov.co
INF: 3495080
Código Postal 111221

PRIMER PUESTO
Ranking Hospitales 2010 - 2011.
VEEDURÍA DISTRITAL

BOGOTÁ
HUSCANA

Distrital de Salud, acorde con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 715 de 2001, el cual es contratado con el hospital en desarrollo del artículo 149 del Decreto Ley 1421 de 1993, que permite que el Distrito, sus localidades y las entidades descentralizadas puedan celebrar los convenios y acuerdos previstos en el derecho público y privado, que resulten necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

En este orden de ideas, la cláusula segunda del contrato en comento establece de manera clara y precisa las obligaciones del contratista, dentro de las cuales, se encuentran la ejecución, control y responsabilidad directa por el desarrollo de las actividades objeto del contrato, según lo establecido en la matriz programática de intervenciones colectivas, en las cuales se definen las metas a alcanzar, manteniendo la continuidad de las intervenciones contratadas, para el logro de las metas locales, que aportan a las metas distritales; desarrollar de manera integral los procesos administrativos de planeación, organización, control y evaluación, en los territorios, promoción de la salud, prevención de la enfermedad, vigilancia en salud pública, gestión integral en salud, en el contexto del P.I.C. definiendo estrategias acordes con las necesidades identificadas que garanticen el desarrollo de las acciones en lugares, horas y días que faciliten el acceso y la participación de la comunidad; debiendo buscar adecuada interrelación y coordinación de los equipos territoriales y locales del Programa Territorios Saludables.

A su vez, en la cláusula tercera del contrato se estipula la obligación del contratista de disponer del talento humano suficiente e idóneo para el cumplimiento del contrato, de tal manera que se garantice la adecuada ejecución, seguimiento y coordinación de todas las acciones territoriales y locales contempladas en el P.I.C. advirtiéndolo en su parágrafo primero perfil, cantidad y recursos para el talento humano de cada una de las intervenciones contratadas y, en su parágrafo tercero, se señalan las condiciones específicas de contratación del talento humano; como pagos de la remuneración.

El Hospital para el desarrollo de las actividades que debe ejecutar para dar cumplimiento al objeto, contrata el recurso humano requerido, insumos y elementos necesarios para el desarrollo de las acciones de salud, y ejecuta las acciones objeto del contrato.

Dichos productos o actividades son objeto de auditoría por los interventores internos y externos del contratante, pudiendo ser glosadas.

Por tal razón, el hospital para minimizar el riesgo, frente a una posible glosa, por una actividad no ejecutada por el contratista, estipula claramente la retención de la glosa con tal objeto

2. La glosa es devuelta cuando culmina el proceso de liquidación de los convenios interadministrativos que dieron origen a la contratación de las actividades de apoyo.

Calle 66 # 15 - 41
www.eschchapinero.gov.co
INF 3499080
Código Postal 111221

PRIMER PUESTO
Ranking Hospitales 2010 - 2011.
VEEDURÍA DISTRITAL

BOGOTÁ
HUMANANA

3. La causación de los contratos por prestación de servicios en salud, se efectúa una vez se cumplan con todos los requisitos e incluida el informe del interventor del contrato.

Surtido este proceso el área de cuentas por pagar procede al registro contable, causando el pasivo y el gasto correspondiente y a su vez efectúa las retenciones de Ley y las contractuales como la retención para la protección de glosa.

En los Estados Financieros se ven reflejados como un acreedor, que una vez se efectúen las auditorías tanto del Fondo Financiero Distrital de Salud y los demás entidades pagadoras y estas no generan glosa definitiva, se procede a su respectiva devolución

4. En el momento de causar la retención de glosa esta tiene un manejo contable ya que se trabaja como un acreedor contable, en presupuesto la obligación se registra por el valor total cobrado es decir por el valor bruto. En el caso de convertirse en una glosa definitiva presupuestalmente se refleja como un ingreso en la Disponibilidad Inicial producto del cambio que el mismo realiza en el Estado de Tesorería al eliminar un acreedor y pasar a ser efectivo para la institución.

Para responder el punto cinco es necesario que nos aclare el sentido de su petición, por cuanto no expresa que información requiere se detalle para sus estudios académicos.

Esperamos haber ilustrado sus inquietudes.

Cordialmente,

MARTHA HELENA MEDINA ANGEL
Gerente (E)

Proyecto: Helda Inés Carrillo Acosta
Abogada OPS 464 de 2015
Aprobó: Ana Lucía Guzmán Lozano
Subgerente Administrativo

Calle 66 # 15 - 41
www.esechapinero.gov.co
INF: 3499080
Código Postal 111221

PRIMER PUESTO
Ranking Hospitales 2010 - 2011.
VEEDURÍA DISTRITAL

BOGOTÁ
HUMANANA

ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SALUD
Hospital Fontibón

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20159980015271

Fecha: 29-07-2015

Bogotá D.C., Miércoles, 29 de Julio de 2015

Señor:

FREDY RICARDO INTRIAGO BOGOTÁ

CALLE 103 C N°. 63 – 39

fredyintriago@yahoo.es

BOGOTÁ - CUNDINAMARCA

Ref: DERECHO DE PETICION DE INFORMACION 20153500053662

Cordial saludo,

En respuesta a su derecho de petición, nos permitimos manifestar lo siguiente:

1. En materia contractual las Empresas Sociales del Estado se rigen por las reglas del derecho privado conforme se dispone en forma expresa en el numeral 6, artículo 195 de la ley 100 de 1993, Acuerdo 17 de 1997 del Consejo de Bogotá, Acuerdo 001 de 2000 (Estatuto Orgánico del Hospital Fontibón E.S.E), Acuerdo 008 de 2014 de la Junta Directiva de la Institución (Estatuto de Contratación), bajo esta precisión es claro que siendo las Ordenes o Contratos de Prestación de Servicio producto de la voluntad de las partes quienes al suscribirlos aceptan el clausulado allí descrito; pueden pactar libremente la existencia de la provisión de glosas que garanticen que si las mismas son atribuibles conforme la auditoria externa que se realice, al contratista, pueda proveerse con estas sumas o en su defecto deban devolverse al colaborador en forma integra.
2. Las auditorias que realizan en el Fondo Financiero Distrital de Salud a los proyectos contratados con la E.S.E, a traves de Entidades o Instituciones externas o directamente se realizan en los términos del Decreto 4747 de 2007 y 1011del 2006. En consecuencia una vez efectuadas las mismas y obligación del Supervisor del contrato u orden y en la medida que no existan glosas atribuibles al colaborador, proceden a solicitar a la Coordinación Financiera la inmediata devolución. Es preciso observar que las auditorias por circunstancias ajenas al Hospital en ocasiones no es oportuno en sus auditorias, situación que retrasa los procesos.
3. Contabilidad genera una cuenta por pagar al contratista y una vez se realiza la

2.22.10FO1581 Versión 2
Carrera 104 N° 20C – 21
Tel:4860033 – 4866510
Fax 4044694
Código Postal: 110921
www.hospitalfontibon.gov.co
www.hospitalfontibon.gov.co

HOSPITAL FONTIBÓN
ENTIDAD SOCIAL DEL ESTADO
SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD

BOGOTÁ
HUMANANA

ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SALUD

Hospital Fontibón

auditoria y determina la inexistencia de glosa, el supervisor soporta tal situación para que se proceda al giro correspondiente.

La Institución en cumplimiento de la Ley y en particular la referida al derecho de petición, responde los requerimientos que se hacen, pero tiene claro que existe una información que atañe únicamente al interesado y si no se demuestra tal circunstancia o el interés concreto, no es viable suministrarla.

Cordialmente,

YIDNEY GARCIA RODRIGUEZ
Gerente

Aprobó: Alvaro Galvis Barrios – Asesor Jurídico
Revisó: Alvaro Galvis Barrios – Asesor Jurídico
Proyecto: Alvaro Galvis Barrios – Asesor Jurídico
Elaboró: Mildreth Sanchez - Apoyo Asesoría Jurídica

2.22.10FO1581 Versión 2
Carrera 104 N° 20C – 21
Tel: 4860033 – 4868510
Fax 4044694
Código Postal: 110921
www.hospitalfontibon.gov.co

www.hospitalfontibon.gov.co

HOSPITAL FONTIBÓN
EMPRESA PÚBLICA DEL ESTADO
BIBLIOTECARIA ENTIDAD DE SALUD

BOGOTÁ
HUMANANA

BIBLIOGRAFÍA.

Acuerdo 06 de 2014, por medio del cual se adopta el Estatuto de Contratación del Hospital Chapinero ESE

Acuerdo 08 de 2014, por medio del cual se adopta el Estatuto de Contratación del hospital Fontibón Empresa Social del Estado.

Angaez, Jerónimo. (1952). El derecho de retención en general, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Tesis Doctoral.

Arango, Álvaro. (1999). Clasificación jurídica de los tributos, en Derecho Tributario, del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2a ed,

Arellano, Carlos. (2008). Métodos y técnicas de la investigación Jurídica. Editorial Porrúa. México.

Bea, Jaume. (2013). Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Universidad de Barcelona.

Bejarano, Jhon. (2009). Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición. Desde Internet. En: <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>

Benavides, J.L. La contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009.

Bernal, Miguel. (2010). El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas para concesionales. Editorial Aranzadi. Pamplona.

CAMACOL, Cámara Colombiana de la Construcción. (2007) Boletín de Análisis. Ley 1150 de 2007, Reforma al estatuto contractual. En internet: http://camacol.co/sites/default/files/secciones_internas/COBO20080613054756.pdf

Cámara de Comercio de Bogotá, (2006). Laudo de 15 de Agosto de 2006.

Cámara de Comercio. (2012). Retención de los independientes. Semana de actualización tributaria.

Carbonnier, J. Derecho Civil. Editorial Bosch. España. 1971. Tomo II.

Castro, C.G y otros. Teoría General de la Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001. Páginas 21-37

Chacón, Edgar. (2008). El Derecho de Retención. Tesis Doctoral, Universidad Javeriana.

Colombia Compra Eficiente. En internet: <http://www.colombiacompra.gov.co>

Colombia, Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera)
(2014, noviembre), “Sentencia 29165”, M.P. Hernán Andrade Rincón, Bogotá

Colombia, Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera),
(2014, abril), “Sentencia 41.834”, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá.

Colombia. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Sala Plena, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, del 28 de abril de 2014). Radicación: 20001233100020090019901 (41.834).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 12 de febrero de 2014.
Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 1997-09849 Expediente No. 31682.

Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 12 de marzo de 2014 (rad. 2005-00696-01 exp. 39537) - sala de lo contencioso administrativo - sección tercera - Subsección “a” - Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Colombia. Sentencia N° 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834) de Consejo De Estado -
Sección Tercera, De 28 De Abril De 2014

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub. A., Sentencia del 09 de mayo de 2012. Rad.

2000-00198 Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Abril 28 de

2014, Exp. 2009-0199 (41.834) M.P. Mauricio Fajardo Gómez

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera -

Subsección A, enero 29 de 2014, exp. 46.482. Sección Tercera - Subseccion A - Consejero

ponente: Mauricio Fajardo Gomez - Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil doce

(2012) - Radicación número: 50001-23-31-000-1992-03966-01(21573)

Colombia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera

Subsección C - Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Bogotá D.C

veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-

000-1998-00731-01(19434).

Colombia, Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo - Seccion Tersera),

(2012, mayo), “Sentencia 20968”, M.P. Luis Carlos Péez Barrera, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-083/95. M.P, Carlos Gaviria Díaz, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-154/97. M.P. Hernando Herrera Vergara,

Bogotá,

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1008/10. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva,
Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-913/11.M.P, Gabriel Eduardo Mendoza
Martelo, Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-094/03. Magistrado Ponente: Dr. Jaime
Córdoba Triviño

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614/09. Magistrado Ponente: Dr. Jorge
Ignacio Pretelt Chaljub

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-326/97. M.P, Dr. Fabio Moron Diaz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171/12. M.P, Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-083/95. M.P, Carlos Gaviria Díaz, Bogotá.

Corte Constitucional. Sentencia C-197/12. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes
Muñoz

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia No. C-022/96. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

Colombia. Corte Constitucional. C-872 de 2003. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003. M.P. dr. Marco Gerardo Monrroy

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-858 de 2008. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia No. C-022/96. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia. C-636 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia. T-493-10. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia No. C-546/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-038/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz - Febrero cinco (5) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Colombia, Corte Constitucional, (2012, marzo), “Sentencia C-171” M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-040/93. M.P. Ciro Angarita Baron

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1097/01. M.P. Jaime Araujo Renteria

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia No. C-083/95. M.P. Carlos Gaviria Diaz

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-247/01. M.P. Carlos Gaviria Diaz

Colombia, Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil) (2011, diciembre), Sentencia 1489, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 27 de octubre de 1938. Gaceta Judicial XLVII pág. 307 a 315.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 25 de agosto de 1953.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Expediente 1985-00134-01, Mag. DR. Arturo Solarte Rodríguez, fecha 06-04-2011.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil , Sentencia 5670, , M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Expediente 1985-00134-01, Mag. DR. Arturo Solarte Rodríguez, fecha 06-04-2011.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Cicil) (2001, febrero), “Sentencia 5670”, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Expediente 1985-00134-01, Mag. DR. Arturo Solarte Rodríguez, fecha 06-04-2011,

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (1994). Sala de la Casación Civil. Sentencia de 19 octubre de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expediente No. 3972.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1489/14. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (1998). Sala de la Casación Civil. Sentencia de 29 de enero de 1998. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expediente No. 4894.

Contrato 021 de 2015 – Hospital Chapinero E.S.E.

Contrato 515 de 204 – Hospital Fontibón E.S.E.

Congreso de Colombia. (28 de 10 de 1993). Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Consejo de Estado. (1994). Consejo de Estado - Sentencias. Obtenido de <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/25000232400020080028201.pdf>

Consejo de Estado. Sentencia. Sección II. 23/06/2005. Subsección. B. Exp. 245-03 MP. (Jesús María Lemos Bustamante).

Consejo de Estado. Sección Cuarta. Rad. 13408 de 2002. C. P. Dra. Ligia López Díaz.

Consejo de Estado. Sentencia. Sección III. 26/06/2014. Exp. 28.236. MP: Danilo Rojas Betancourth

Consejo de Estado. Sentencia 29165 de 2014. M.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado. Sentencia 20968. M.P. Luis Carlos Péez Barrera.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 34201 de fecha 31 de enero de 2008.

Contratación en línea. (2015). Contratación en línea. Obtenido de <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=182&module=navigationmodule>

Corte Suprema de Justicia. (2001). Superfinanciera de Colombia. Obtenido de Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670.: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Jurisprudencia2001/seguros073.htm>

Dávila, G.L. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial Legis. Bogotá. 2003.

Decreto 1510 de 2015. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

Decreto 782 de 1996. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 223 de 1995

Decreto 2170 de 2002. Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999

Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Decreto 4747 de 2007. Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones.

Decreto Distrital 352 de 2002. Por el cual se compila y actualiza la normativa sustantiva tributaria vigente, incluyendo las modificaciones generadas por la aplicación de nuevas normas nacionales que se deban aplicar a los tributos del Distrito Capital, y las generadas por acuerdos del orden distrital.

Decreto 4747 de 2007. Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

De Cifuentes, Marcela. (2004). El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles, Ediciones Uniandes.

DIAN 4086 de 2012. Oficio Número 004086 de 2012

DIAN. Hoy comienza regir tabla de retención mínima. Comunicado de prensa 48. En: http://www.dian.gov.co/descargas/EscritosComunicados/2013/48_Hoy_comienza_a_regir_tabla_de_retencion_minima.pdf

DIAN. 2012. Declaración de retenciones en la fuente. En: http://www.dian.gov.co/descargas/Formularios/2012/retefuente_2012.pdf

Directiva 93/13/CEE, Sentencia del Tribunal de Justicia. http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=146439&occ=first&dir=&cid=201786#Footnote

Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, Sentencia del Tribunal de Justicia

EAFIT. ¿Qué es la retención en la fuente? Universidad eafit. En:
<http://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/boletines/fiscal/b5.pdf>

Echeverri, Verónica. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. Revista *Opinión Jurídica*. (10) 20, pp. 125-144. Julio-Diciembre de 2011

El Colombiano. 2013. Procurador pidió acatar normas sobre contratos de prestación de servicios

Escobar, Álvaro. (2005). Cláusulas especiales de contrato estatal. Ediciones jurídicas.

Gaitán, Andres. (2014). Contrato de Prestación de Servicios Vs Nóminas Paralelas en El Campo Disciplinario. Universidad Militar Nueva Granada.

González, Javier. (2010). Revista de Orientación Tributaria – Impuestos, # 162, nov.-dic. Editorial Legis.

Gual, José. (2008). Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma. *Revista Civilizar* (15). Universidad Sergio Arboleda.

Gual, José. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. Revista Iusta (30). Universidad Santo Tomas.

Herrera, Benjamín. (1996). Principios de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Hoyos, Libardo. (2014). Retención en la fuente Impuestos nacionales. Centro Interamericano Jurídico-Financiero. Medellín.

Ibáñez, Blasco. (1992). La equidad: Criterio auxiliar de interpretación judicial. Revista de derecho, Universidad del Norte.: 62-69, 1992.

Lamprea, Eduardo. (1991). Contratos estatales. Editorial Temis. Bogotá.

Leiva, Luis. (1991). F.P., Derecho de Retención, Editorial Astrea.

Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Congreso de la Republica.

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Congreso de la Republica.

Ley 80 De 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Ley 1527 de 2012. Por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones.

Ley 1607 de 2012. Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.

Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

Ley 100 de 1990. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

Ley 1438 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

Ley 223 de 1995. Por la cual se expiden normas sobre Racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones.

Ley 648 de 2001. por la cual se autoriza la emisión de la estampilla Universidad Distrital Francisco José de Caldas 50 años.

Lizarazo Vaca, Liana Aida. (2015) Ponencia Nulidad o ineficacia de las cláusulas abusivas en el estatuto del consumidor. Segundo encuentro de autoridades jurisdiccionales en

materia de competencia desleal, derechos de propiedad industrial y derecho del consumo – Superintendencia de Industria y Comercio. En internet: <http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/ponencia%20segundo%20encuentro%20autoridades%20jurisdiccionales.pdf>

López, Diego (2006). El derecho de los jueces - “Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial”. Legis. Bogotá.

Manual de Contratación y Supervisión Hospital Fontibón ESE – 2014

Manual de retención en la fuente, (2015). Legis.

Matallana, E. (2005). Manual de contratación de la administración pública. Universidad externado de Colombia. Bogotá.

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. República de Argentina, visible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

Ministerio de la Protección Social. (2008). *Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas*, contenido en el Anexo Técnico No. 6 de la Resolución 3047 de 2008.

Ministerio de la Protección Social. Resolución 3047 de 2008

Muñoz, S. (2010). El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. En: Alterini.

Ospina, Guillermo. (2005). Régimen General de la Obligaciones, octava edición, edd. Temis, Bogotá

Pérez, Diego. (2005). Las cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano. Revista Piélagus. Desde Internet. En: <http://www.revistapielagus.com/articulos/05.-las-clausulas-abusiva.pdf>.

Perspectivas del Derecho de Consumo. (2013) *La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano*. Paucar, Arrubla. Universidad Externado.

Planiol, Marcel & Ripert, Georges. (1991). *Traité élémentaire de droit civil, t. II, p. 864. No. 2515*. Citado por Leiva Fernández, Luis F.P., Derecho de Retención, Editorial Astrea.

Plazas, Mauricio. (1995). El liberalismo y la teoría de los tributos, Santafé de Bogotá, Edit. Temis.

Pothier, Robert J. Tratado de las Obligaciones. Desde Internet. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1389>.

Portafolio. (2011). Contratos de prestación de servicios. Febrero, 27 de 2011. En: <http://www.portafolio.co/contratos-prestacion-servicios>. Revisado Marzo, 13 de 2015.

Pulido, Carlos. (2011). El principio de proporcionalidad. Universidad de Alcalá. Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales - Programa de Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Desde Internet http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/114

Queralt, Martin J. "Naturaleza jurídica de la obligación de retener", Trimestre Fiscal, año 12, núm. 37, junio de 1991, citado por Ríos, Gabriela. (2001). la retención en el derecho tributario: obligación *ex lege* de los patrones. Boletín mexicano de derecho comprado. Desde Internet. En: <http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/100/art/art6.htm>

Radbruch Gustav. (1999). Relativismo y Derecho. Serie monografías jurídicas, Editorial Temis. Bogotá pág. 7., Citado por González, Javier. (2010). Revista de Orientación Tributaria – Impuestos, # 162, nov.-dic. Editorial Legis.

Ríos, Gabriela. (2001). la retención en el derecho tributario: obligación *ex lege* de los patrones. Boletín mexicano de derecho comprado. Desde Internet. En: <http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/100/art/art6.htm>

Rengifo, E. (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. (2ª Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Resolución 206 del 27 de agosto de 2014, por medio del cual se expide el manual de contratación del Hospital Chapinero E.S.E.

Rodriguez Yong, Camilo. (2013) Una aproximación a las cláusulas abusivas. Legis / Universidad del Rosario.

Suescun de Roa, Felipe. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia. *Revista de Derecho Privado*. Septiembre. Universidad de los Andes.

Stiglitz, R. (1998). Contratos Civiles y Mercantiles. (Tomo 2). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Super Salud. (2013-1). Concepto 1-2013-081963 Superintendencia Nacional de Salud de fecha 24 de Octubre de 2013.

Super Salud. (2013-2)- Concepto 1-2013-099715 Superintendencia Nacional de Salud de fecha 13 de Noviembre de 2013.

Stiglitz, Rubén. (2012). El desequilibrio contractual. Una visión comparatista. RIS, Bogotá (Colombia), 37(21): 13-27, julio-diciembre de 2012.

Suescun de Roa, F. (2009). Control judicial de las clausulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. Revista de Derecho Privado, 1 - 17.

Valencia, Arturo. (1973.) Derechos Reales, Tomo II 4ª. Edición Ed. Temis, Bogotá.

Valladares Vega, O y Valladares Vega, M (1996). Crédito documentario, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas: un estudio sobre la validez de los contratos de crédito documentario frente a la legislación costarricense. Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.123.

Vega, Mariela. (2007). ontrato de prestación de servicios vs nóminas paralelas en el campo disciplinario. Universidad Militar Nueva Granada. Revista Prolegómenos- Derechos y valores. (10)-19.