MAURICIO LEURO MARTÍNEZ

MÉDICO CIRUJANO - AUDITOR MÉDICO
ADMINISTRADOR HOSPITALARIO ADMINISTRADOR DE EMPRESAS
ABOGADO

MAGISTER EN DIRECCIÓN ESTRATÉGICA DE ENTIDADES DE SALUD
U. EUROPEA DE ATLÁNTICO. MADRID, ESPAÑA

ESPECIALISTA Y MAGISTER © EN DERECHO MEDICO
U. EXTERNADO DE COLOMBIA

Bogotá, 16 y 17 febrero 2017

ACESI
Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos

Jerarquía normativa

Constitución Política de Colombia
Tratados internacionales
Leyes
Decreto ley
Decreto
Resolución
Ordenanza Departamental
Acuerdo Municipal
Contrato – Ley para las partes-

Pirámide de Kelsen

BASES CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá 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.

BASES CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN

ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

BASES CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN

ARTICULO 83. 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.

BASES CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN

ARTICULO 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

BASES CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN

ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Constitución Política de Colombia 1991.

CAPITULO II.
DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

Constitución Política de Colombia 1991.

CAPITULO II.
DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del **Estado**. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

Sentencia C-332 de 2000
El deber de ejercer moderadamente la libertad contractual

(…) ciertamente, el que las empresas financieras y aseguradoras gocen de la posición dominante, puede propiciar desequilibrios que las autoridades deben precaver, en cumplimiento del deber de prevenir abusos que puedan afectarlos, de hacer efectiva la prevalencia del interés público, de salvaguardar los consumidores y de construir un orden justo.

Es este el sentido del artículo 333 de la Carta cuando preceptúa que " la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común" y que "la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades".

El artículo 333 de la Carta señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dentro de los límites del bien común; que la libre competencia económica, si bien es un derecho de todos, supone responsabilidades; y que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social.

Sentencia C-660 de 1996
Fundamento constitucional de la autonomía privada

La segunda garantía constitucional en la cual se fundamentan las facultades del testador es la autonomía privada de la voluntad y aunque no existe una norma en la Constitución que la contemple en forma específica, ella se deduce de los artículos 13 y 16 , que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del derecho a la personalidad jurídica (art. 14), el derecho a asociarse (art. 38), a celebrar el contrato de matrimonio (art. 42) y los lineamientos de tipo económico que traza el artículo 333.

Corte Suprema de Justicia, SC radicado 5670 (2001-02-02)
Caracterización de la Cláusula Abusiva

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

Corte Suprema de Justicia, SC radicado 5670 (2001-02-02)
Caracterización de la Cláusula Abusiva

De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva -y de indiscutida inclusión en las llamadas “listas negras”, contentivas de las estipulaciones que, in radice, se estiman vejatorias-, aquella cláusula que “favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”

Corte Suprema de Justicia, SC radicado 5670 (2001-02-02)
Caracterización de la Cláusula Abusiva

Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un 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 "lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por 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 o 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" (CCXXXI, pág., 746).

Sentencia C-332 de 2001
Alcance de la buena fe contractual

"La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad".

Sentencia C-332 de 2001
Alcance de la buena fe contractual

"Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce aunque no con carácter absoluto, la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público"

(…) el principio de la buena fe, el cual comprende, entre otros, un deber de obrar con honestidad y lealtad. Dichos presupuestos tienen expresa aplicación en las relaciones contractuales con fundamento en el artículo 83 Superior.

Sentencia C-332 de 2001
Alcance de la buena fe contractual

Para el derecho no son indiferentes, entonces, los postulados axiológicos que propugnan el respeto a la confianza y la cooperación que deben disciplinar todas las relaciones humanas, bien si se trata del ejercicio de derechos o del cumplimiento de obligaciones libremente acordadas por los particulares. Además, no puede pasarse por alto que una de las consecuencias específicas de la aplicación del artículo 83 citado, es que los contratos -ejemplo clásico de las relaciones entre particulares- deben ser interpretados atendiendo el principio de la buena fe.

Sentencia T-295 de 1999
Principio de buena fe

Como principio general del derecho, ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935, citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación , o que por la ley pertenecen a ella". Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: "De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo" .

Sentencia C-491 de 2000

- Según esta perspectiva, esa inequidad es contraria a la Carta, la cual no sólo persigue un orden justo sino que expresamente condena el enriquecimiento ilícito, por lo cual habría que declarar la inexequibilidad de la disposición acusada, ya que las categorías del derecho privado deben ser interpretadas a luz de los principios y valores constitucionales.

- 10- La Corte coincide con esas perspectivas en que no sólo el derecho privado sino todas las ramas del derecho deben ser reinterpretadas a la luz de los principios y valores constitucionales, pues si la Constitución es norma de normas, y debe aplicarse de preferencia a las otras disposiciones (CP art. 4º), es indudable que ha operado una cierta constitucionalización del derecho ordinario.

C. Política.- ARTICULO 4o. *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

Sentencia C-083 de 1995
“el juez es un guardián de los principios y no un autómata”

El artículo 230 de la Carta establece:

"Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial". (Subrayas de la Corte).

Sentencia C-083 de 1995
“el juez es un guardián de los principios y no un autómata”

"Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes.

Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Art. 6° Constitución Política de Colombia

COMPONENTE NORMATIVO

Ley 1122 de 2007

d) Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación.

En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago.

COMPONENTE NORMATIVO

Ley 1122 de 2007

Del aseguramiento

Artículo 14. *Organización del Aseguramiento.* Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

COMPONENTE NORMATIVO

Ley 1122 de 2007

Del aseguramiento

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

COMPONENTE NORMATIVO

Ley 1122 de 2007

Artículo 15. *Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante.*

Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud

COMPONENTE NORMATIVO

Ley 1122 de 2007

Artículo 16. *Contratación en el Régimen Subsidiado y EPS Públicas del Régimen Contributivo.*

Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutiva.

COMPONENTE NORMATIVO

Ley 1438 de 2011

Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servidos de salud y Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud podrán ofrecer los planes de beneficios en los dos regímenes, preservando los atributos de continuidad, longitudinalidad, integral/dad, y adscripción individual y familiar a los equipos básicos de salud y redes integradas de servicios.

Ley 1438 de 2011

CONTRATACIÓN

- Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación.

- La capitación no libera a las Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio ni de la gestión del riesgo.

- Las Entidades Promotoras de Salud pagarán los servicios a los prestadores de servidos de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes Que establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007.

- El no pago dentro de los plazos causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

ACESI
Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos

CONTRATACIÓN Y LAS OBLIGACIONES

OBLIGACIONES

DEFINICIÓN

Vínculo jurídico en cuya virtud una persona, llamada acreedor, puede exigir a otra llamada deudor, la realización de una conducta consistente en dar, hacer o no hacer.

CONTRATACION

OBLIGACIONES

LEY VIGENTE

CONTRATO

EL CONTRATO

Dentro del concepto de convención encontramos una de las principales fuentes de las obligaciones es el contrato. Es la confluencia de por lo menos dos declaraciones de voluntad, provenientes de dos o más personas, en un solo consentimiento mediante el cual se crean obligaciones..

C. C., art. 1495 y C. de Co., art. 864

NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES

a) *Jurídica.* Es una relación que toma el derecho, no se refiere a normas morales o religiosas.

Es una relación jurídica, hay coercibilidad; el acreedor, por intermedio del órgano judicial del Estado, puede exigir su cumplimiento.

NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES

b) *Personal*. Hay una relación entre sujeto pasivo y sujeto activo; relación entre personas que pueden ser naturales o jurídicas. No es vínculo entre personas y cosas, ni entre cosas; tiene que ser entre personas diferentes; no puede, en cabeza de una misma persona, recaer el papel de acreedor y deudor; si se presenta esta figura, la obligación se extingue por confusión.

NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES

c) *Patrimonial.* Las obligaciones tienen un carácter patrimonial, una valoración económica, y se determinan en forma general por la prestación a cargo del deudor, independientemente de lo que acuerden las partes.

¿De dónde nacen las obligaciones?
De sus fuentes:

a) *Voluntarias.* Nacen con intervención de la voluntad, es decir, del acto o negocio jurídico.

b) *Involuntarias.* No interviene la libertad del hombre en su creación; el hecho ilícito, el enriquecimiento sin causa y la ley las originan.

OBLIGACIONES QUE CREA EL CONTRATO

OBLIGACIÓN DE MEDIOS: mediante las cuales se procura hacer una cosa.

- ✓Se exonera de responsabilidad demostrando que actúo con toda la diligencia y cuidado.
- ✓La conducta observada por el deudor en este caso ofrece un juicio de valor.
- ✓No se presume la culpa, debe demostrarse por quien se alega.

OBLIGACIONES QUE CREA EL CONTRATO

OBLIGACIÓN DE RESULTADOS: hacer efectivamente una cosa.

✓Estas tienen que ver más con el arte que con el intelecto

✓Se exonera de responsabilidad demostrando fuerza mayor o caso fortuito.

ACESI
Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos

CONTRATOS

LEURO & GUTIERREZ S.A.S.
CONSULTORES EN SALUD Y DERECHO

DEFINICIONES

Voluntad

El código civil habla de declaraciones de voluntad (Arts. 1502, 1517, etc.) que no es mas que la voluntad exteriorizada.

Encontramos dos especies de voluntad: la simplemente interna y la declarada.

- La voluntad interna (no exteriorizada) carece de eficacia en formación de relaciones jurídicas,
- El derecho solo tiene en cuenta la voluntad declarada o exteriorizada, es decir, la que puede conocerse.

La declaración de voluntad puede definirse como la conducta humana externa y consciente que según los usos sociales permite inferir la existencia y el contenido de una voluntad.

Medios aptos para exteriorizar la voluntad: el lenguaje es el medio más idóneo de exteriorización de una voluntad. Pero existen otros medios: por ejemplo una inclinación de cabeza o ponerse de pie en una junta de accionistas, levantar la mano, dar una palmada en una mesa, etc.

“Voluntades declaradas expresas” y “tacitas” o “presuntas”.

Una *voluntad es expresa* cuando se ha hecho conocer mediante el lenguaje hablado o escrito, o mediante un signo por el cual se quiere dar a conocer directamente esa voluntad.

- Voluntad expresa es la que reúne dos requisitos: voluntad directa, es estar en correlación exclusiva e inmediata con la naturaleza especifica del negocio jurídico de que se trate y ser voluntad positiva, o sea, una voluntad que se traduzca por una afirmación neta y caracterizada.

- El código, exige que la voluntad de negocio sea declarada, es decir, consignada en una forma que permita su conocimiento, ya sea expresa o tácitamente; y de manera excepcional exige que la voluntad sea expresa.

Una *voluntad es tacita* cuando no se ha hecho conocer directamente, pero puede deducirse de ciertos hechos o circunstancias.

El silencio como declaración tacita de voluntad: el silencio, unido a otras circunstancias, puede en ciertos casos interpretarse como declaración tacita de voluntad.

- El párrafo 2 del articulo 739 dice que si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno se presume una tasita autorización del propietario.
- El Art. 2151 hace una interesante aplicación del silencio como expresión de voluntad tacita, cuando prescribe: “las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, esta obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona les hace; y transcurrido un termino razonable, su silencio se mirara como aceptación...”

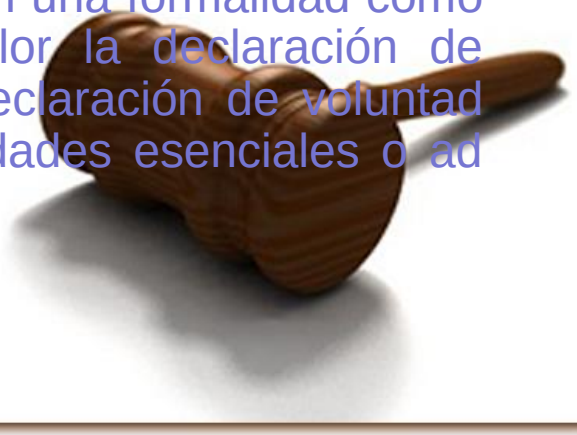
DECLARACIÓN DE VOLUNTAD LIBRES Y SOLEMNES

1. El consensualismo: La voluntad puede escoger cualquier forma para darse a conocer o exteriorizarse, y tan pronto se ha declarado o emitido en forma que cualquiera la pueda conocer, asume pleno valor jurídico.

   – La voluntad consensual es la que no requiere determinada formalidad; y formal o solemne, la que exige determinada forma o solemnidad para que tenga eficacia jurídica.

2. Principales negocios formales o solemnes: es decir, un "instrumento privado", como sucede con las promesas unilaterales o bilaterales de contrato (ley 153 de 1887, Art. 89 y ley 51 de 1918 Art. 23).

3. Formalidades "ad probationem": exigen una formalidad como condición esencial para que tenga valor la declaración de voluntad; si falta dicha formalidad, la declaración de voluntad carece de eficacia jurídica. Son formalidades esenciales o ad solemnitatem.



Clases de “voluntades declaradas”:

- Voluntades totalmente libres para exteriorizarse: solo respecto a estas voluntades cabe la voluntad tacita y el silencio como expresión de una voluntad.

- Voluntades expresas: puede exteriorizarse libremente. La voluntad expresa constituye un puente entre la voluntad totalmente libre y la voluntad no libre para escoger el medio de exteriorización.

- Voluntades solemnes: (formalidades ad substantiam actus o substantiam solemnitatem). La declaración de voluntad carece de todo valor si no obedece a la forma prescrita por la ley.