



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 614 DE 2020

Página 1 de 12

EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA – EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – INVITA A PRESENTAR PROPUESTAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MEDICO ESPECIALIZADO DE ONCOLOGIA CLINICA, CORRESPONDIENTE A LA PRODUCCION ADICIONAL QUE REQUIERE EN EL INSTITUTO, EN FORMA AUTOGESTIONARIA, CON AUTOCONTROL Y AUTOGOBIERNO, EN FORMA INDEPENDIENTE Y AUTÓNOMA Y DE ACUERDO CON LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LOS PRESENTES TÉRMINOS DE REFERENCIA, LA NORMATIVIDAD VIGENTE Y EL CONTRATO QUE SE CELEBRE PARA EL EFECTO.

RESPUESTA A OPINIÓN JURÍDICA FRENTE A LAS OBSERVACIONES EMITIDAS POR EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA ESE DENTRO DE LA PRESENTE CONVOCATORIA

El Instituto Nacional de Cancerología Empresa Social del Estado, procede a dar respuesta a la opinión jurídica emitida por los abogados POMBO CABELLERO, no sin antes recordar que dicho concepto no tiene el carácter vinculante para la entidad, toda vez, que el mismo está dirigido a la Asociación de Oncólogos de Colombia frente a las respuesta dadas por esta Institución; no obstante, la entidad en observancia de los principios de buena fe, moralidad y transparencia, dado que en la misma se realizan aseveraciones que distan de la realidad jurídica así:

A). SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE SERVIDOR PÚBLICO Y CONTRATISTA Y SUS CONSECUENCIAS

En primer lugar reiteramos lo manifestado en las respuesta dada con anterioridad, en el sentido de que con la convocatoria pública No 614 de 2020, busca la contratación para la demanda no atendida de los pacientes con cáncer, debido a la insuficiencia en la planta de personal de la institución, fundamentado técnica y jurídicamente en el modelo de productividad que ha sido desarrollado por el Instituto durante varios años para atender precisamente la demanda adicional con el impacto favorable para los pacientes; atención, que resulta fundamental para cumplir con los esquemas de atención que requieren los pacientes con cáncer y que el Instituto está obligado a atender de acuerdo con los lineamientos legales y jurisprudenciales señalados en la convocatoria.

Téngase en cuenta en este punto que, existe plena diferencia entre la vinculación del servidor público, pues éste se encuentra cobijado por una relación legal y reglamentaria con la entidad, donde debe cumplir las funciones que le son asignadas según su nombramiento.

Desde otra esfera, se tiene la vinculación como trabajadores, colaboradores o contratistas de la persona jurídica que contrata con la entidad para atender la producción adicional de los servicios médicos especializados en oncología Clínica, y su relación está dada según lo estipulado en el contrato que se surta para tal efecto.

Que el modelo de productividad fue adoptado por la resolución 659 de 2013 ,la cual goza de presunción de legalidad y es de público conocimiento, dicho modelo establece los parámetros y lineamientos centrados en la oferta y la demanda del recurso humano especializado, como causa directa de la dinámica de mercado y los niveles de remuneración imperantes en el sistema de salud que generan condiciones institucionales no competitivas, las cuales impactan en la atracción y retención del talento humano especializado.



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 614 DE 2020

Página 2 de 12

El modelo de productividad es un modelo de alianza en la cual las partes que la celebran se comprometen a trabajar de forma conjunta y sinérgica con el Instituto y para objetivos comunes. El modelo genera resultados de forma conjunta, los cuales en términos de pago dependen del volumen de pacientes; se entiende que ambas partes realizarán esfuerzos para obtener los mejores resultados posibles. En suma, el modelo de productividad es un modelo realista y equilibrado que responde a las necesidades del paciente, genera una remuneración adecuada para el contratista y por efecto a quienes reciben su remuneración y que permite la viabilidad institucional.

Como fue mencionado, el modelo de productividad está diseñado para generar un círculo virtuoso entre el Instituto y los especialistas que están agremiados mediante una Asociación o socios en una sociedad o cualquiera otra persona jurídica que es quien contrata la producción adicional si le es adjudicado el contrato; de esta manera se busca ampliar la oferta de servicios, mejorar la atención, pagar los servicios prestados al contratista quien a su vez remunera de manera adecuada a los profesionales que integran la persona jurídica, lo cual está permitido por ley pues son ellos quienes hacen parte de la excepción que les permite recibir directa o indirectamente más de una asignación que provenga del Tesoro Público (L 4ª de 1992, art. 19); con todos los elementos anteriores, se contribuye a mejorar la viabilidad y sostenibilidad institucional y se mejora la calidad en la prestación de servicios de salud en términos de calidad, oportunidad y suficiencia y siempre en favor de los pacientes. Este tipo de modelos requieren la conformación de un grupo de indicadores que permitan hacer seguimiento al cumplimiento de los parámetros de calidad requeridos en todo modelo de prestación de servicios de cáncer. Los indicadores son una necesidad a nivel del sistema, a nivel organizacional y específicamente a nivel del contrato que deba celebrarse. Las metas de los indicadores han sido validadas por los servicios específicos y ya hacen parte de la cultura organizacional.

El Instituto buscando los objetivos de optimizar la atención a través de la fidelización del talento humano, generó un modelo innovador y estimulante para los profesionales de las subespecialidades y que no tenía antecedente a nivel nacional. Con base en un trabajo riguroso, metódico y ordenado definió tres niveles de viabilidad: jurídica, técnica y financiera.

El modelo hoy hace parte del plan de desarrollo institucional, de los planes operativos, cuenta con presupuesto institucional y una resolución de la Dirección que la define y establece. Con un esfuerzo enorme y la propia participación de las sociedades que se han unido a esta alianza, se han logrado resultados objetivos, para mejorar la atención de los pacientes y beneficiar a los profesionales logrando su adherencia al Instituto como ha quedado demostrado a lo largo de los últimos diez años.

Han sido evidentes y objetivos los resultados en términos de pagos y remuneración de las sociedades de las que hacen parte los especialistas. Por tanto, resulta inexacto hablar de estrategias para reducir el ingreso, precisamente cuando uno de los pilares es la fidelización del talento humano y un reconocimiento adecuado por la prestación de la demanda adicional requerida por los pacientes con cáncer y que beneficia a las partes.



B). SOBRE LA POSIBILIDAD DE GLOSA DE LAS FACTURAS DEL CONTRATISTA y SU CÁLCULO

Aunado a lo anterior, el establecimiento de indicadores y por ende los criterios de glosa (desviaciones de las metas de los indicadores) a nivel general no sólo es técnicamente conveniente sino legalmente obligatorio. Todos los indicadores planteados han sido objeto de análisis a nivel técnico en el Instituto y son el producto del conocimiento y la experticia de los profesionales en oncología clínica. La exigencia de indicadores no es una opción sino una obligación legal.

El sistema de indicadores de seguimiento en su estructura general continuará, sin perjuicio de que el Instituto haga revisiones periódicas del modelo y los indicadores vigentes con el seguimiento y evaluación que corresponde a los mismos.

Recordamos en todo caso, que mediante adenda se realizaron ajustes importantes a los indicadores, así:

- Se retiró criterio de glosa para 6 indicadores.
- Se redujo porcentaje de glosa para 3 indicadores.
- Se unificó la glosa de oportunidad en 10%
- Se simplificaron a dos los indicadores de oportunidad: primera vez y control.

Cabe anotar que las observaciones formuladas en la presente convocatoria pública están orientadas a efectuar algunas afirmaciones en torno al funcionamiento del contrato y en especial a señalar que las normas que informan orientan y disciplinan la relación de carácter reglamentario, están llamadas también a convertirse en parte integral del contrato de prestación de servicios. De esta manera se ha llegado a considerar por parte del observante que el contrato que nace a la vida jurídica de la presente convocatoria es un contrato que desde el punto obligacional toma elementos jurídicamente relevantes de la relación laboral y los integra directamente como parte de los elementos que integraran el contrato.

Desde este punto de vista se censura que los términos de condiciones, hayan establecido reglas específicas en torno al sistema de glosas y de manera concreta que se tomen parámetros claves de información del contrato laboral para generar glosas en el contrato de productividad del Instituto, se ha observado por parte del interesado dos normas que regulan el proceso de glosas dentro del contrato administrativo, las cuales valiéndose de la información presente en el contrato de trabajo, han establecido una serie de reglas que resultan claves para determinar el desenvolvimiento de la productividad adicional requerida por la Entidad. Estas reglas de orden contractual han que dado redactadas en la presenta convocatoria en los siguientes términos:

5.1 Procedimiento para glosas y descuentos.

- Se debe garantizar el cumplimiento de todos los parámetros contractuales. En caso de no cumplirse habrá lugar a glosa en los siguientes escenarios:
- Incumplimiento de alguno de los indicadores de desempeño en los porcentajes señalados en el anexo No 4
- Incumplimiento en la bolsa de horas base mes referencial de planta (Tabla 2).



- Incumplimiento en la bolsa mínima de horas adicionales de productividad contenida en la tabla 4.1
- Descuento por glosa realizada por aseguradora.

5.1.2 Cumplimiento en horas base de planta

Responsable de reporte: Gestión Humana.

Se pagará el 100% si todos los médicos cumplieron el estándar mínimo de horas de asistencia en planta.

El descuento se efectuará directamente proporcional al número de médicos del modelo. En el evento en que alguno de los especialistas no cumple el estándar mínimo de horas base de plan (SIC) (130) requerido, se glosará el incumplimiento.

En consideración a lo expuesto y a la naturaleza económica de las observaciones y en aras de efectuar una respuesta acorde a las reflexiones planteadas por el interesado, es necesario insistir en algunos aspectos que resultan cruciales en torno al tema de las glosas y al papel que ellas cumplen dentro del proceso contractual en mención.

Como primera medida debe insistirse que un sistema de glosas dentro del proceso contractual de la referencia cumple varias funciones de regulación en los contratos de productividad; por un lado han servido como un sistema de administración efectivo de manejo de la información dentro del contrato y por otro lado más que ser concebidas como una intención de sanción al contratista, están llamadas a ejercer una clara política de incentivos en aras de lograr un mayor grado de eficiencia y administración de los recursos.

En este sentido, tanto la función de manejo y control de la información como la función de crear un ambiente propicio para el incentivo, hacen parte de lo que se ha conocido modernamente como la regulación económica del contrato, tendencias que hoy en día han afectado el fenómeno contractual tanto en el derecho privado como a los contratos de la administración pública, por supuesto que la aceptación de la función reguladora, dentro de los contratos tanto privados como públicos es una situación de orden ideológico que se hace más fuerte en la medida que se acepta las nuevas y más modernas definiciones del contrato, las cuales tienen como tendencia efectuar su reconocimiento como un fenómeno de orden económico. Desde esta especial orientación y como efecto de una transición de la definición del contrato como fenómeno enteramente jurídico a una noción de corte más económico, se ha señalado lo siguiente: *“Hay que admitir que el contrato no es un fenómeno reducible a una operación económica pero a la vez hay que convenir en la necesidad de un análisis económico del contrato. Este análisis es necesario porque el contrato, como todas las figuras jurídicas, es irremisiblemente instrumento para la satisfacción y la tutela de intereses humanos.”*¹

Por ello el análisis del contenido de las obligaciones, no puede seguir versando sobre una técnica tradicional de interpretación desde el plano meramente jurídico y debe dar paso a un

¹ C. Massimo Bianca. “Derecho Civil Tomo III el Contrato” Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. Pag 51.



enriquecimiento de la interpretación de acuerdo estándares mucho más avanzados que acepten la utilización de modelos de corte financiero para efectuar una más detallada regulación de la ejecución contractual, este tipo de aspectos desde luego toman mucho fuerza y resultan ser mucho más trascendentes en la lectura de las obligaciones, si se acepta la idea que un contrato como el que es objeto de análisis es ante todo un modelo de productividad y rendimiento enfocado a la eficiencia. Debe reconocerse que las técnicas de interpretación tradicional de las obligaciones presentes en el derecho civil o el derecho administrativo clásico pierden claramente vigencia ante hechos que tienen una clara estirpe regulatoria y que solamente deben ser abordados desde la más modernas técnicas de interpretación, las cuales hoy son aportadas al mundo de la hermenéutica jurídica a través de los contenidos propios de disciplinas nuevas que como el análisis económico del derecho proporcionan los insumos acertados para ejercer una nueva hermenéutica de los contratos. ya frente a este nuevo ejercicio interpretativo del contrato se viene señalando que: *“Otro aspecto interesante pero no profundizado, es el de la valoración económica de la concepción objetiva del contrato. El análisis económico del contrato contribuye a verificar la economía del trato como instrumento de mediación y de realización de intereses prácticos concretos. Dicha verificación puede cumplir dos funciones distintas. La primera relativa a la interpretación del contrato. El canon fundamental de interpretación ósea la buena fe artículo 1.306 del código civil, impone entender el contrato conforme a aquello que las partes podían razonablemente esperarse del contrato, y la expectativa razonable se mide ante todo por el significado económico normal de la operación.”*²

Desde esta nueva concepción, la regulación económica de las actividades contenidas dentro del contrato en pro de la eficiencia se constituyen en el reto más importante y trascendente en los contratos de la entidad que incorporan modelos financieros de productividad, en ese contexto uno de los más importantes retos se encuentra en el manejo de la información y de los datos relevantes presentes en la productividad para generar un modelo eficiente que sea capaz de redistribuir acertadamente las recompensas financieras del contratista en torno a su desempeño dentro de la ejecución del contrato. De esta manera el manejo de la información afecta el modelo financiero, pues por un lado es necesario establecer y definir la producción adicional y por otro lado es importante generar una política de incentivo que genere la maximización de la utilidad del contratista como un mecanismo de recompensa a sus esfuerzos en la ejecución del contrato, por un lado, y por otro generar la maximización de la productiva como retribución a los esfuerzos de pago realizados por la entidad.

En un primer orden, tal y como se mencionó previamente, el primer problema regulatorio del modelo financiero que se encuentra inserto en el contrato, es el manejo de la información para la toma de decisiones o para desencadenar efectos dentro del contrato para generar el incentivo que permita desencadenar situaciones ideales de productividad. Desde este punto de vista es necesario partir de hechos y situaciones conocidas por el contratista y la entidad para evitar asimetrías informáticas que dispersen la eficiencia productiva del modelo. En relación a estas problemáticas del manejo de la información en las actividades contractuales en modelos productivos se viene

² Ibidém pág 52.



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 614 DE 2020

Página 6 de 12

señalando lo siguiente: *“Holmstrom caracteriza el contrato óptimo que ha sido la base teórica para crear multitud de contratos de incentivos, como las opciones sobre acciones para los directivos de las empresas o los pagos condicionados al rendimiento. Además, establece el principio de información (informativeness Principle), en virtud del cual el contrato óptimo debe depender de toda variable que esté correlacionada con el esfuerzo del agente. En otras palabras, cuanto más información tengamos mejores serán los contratos y mayor el bienestar, lo que nos sirve para fundamentar la necesidad de transparencia y rendición de cuentas en las relaciones contractuales y las organizaciones públicas y privadas.”*³

Estas consideraciones en torno al uso de la necesidad de coordinación de la información en contratos con modelos productivos, presupone hacer uso de información escasa y necesaria para efectuar la modelación del modelo financiero a tal punto que el contrato de productividad no puede privarse del manejo de información eficiente para tener éxito en la regulación de las situaciones presentes en el contrato, para lograr los objetivos previstos por el modelo productivo o de manera inversa el modelo productividad dependerá de la información escasa existente para generar las condiciones regulatorias eficientes que le permitan al contrato mantener las situaciones económicas de sustentabilidad que de alguna manera garanticen la supervivencia del esquema económico adoptado en los contratos de productividad.

En pocas palabras y de acuerdo a la teoría moderna de los contratos, no resulta viable prescindir de información escasa y valiosa que resulta imprescindible para efectuar la regulación económica del modelo productivo en ellos incorporado, desde esta óptica este aprovechamiento de la información útil y relevante es realmente lo que termina ocurriendo con los contratos de productividad, los cuales asocian la información de la relación del contrato laboral vinculado a la planta, para efectuar la modulación de los efectos de eficiencia económica que se quieren incorporar para el óptimo funcionamiento del modelo financiero del contrato. En tal sentido no se trata de confundir los dos tipos de relaciones o vínculos jurídicos, pues en últimas debe inferirse que el reconocimiento de derechos pecuniarios de ambos vínculos se genera en el cumplimiento de deberes y obligaciones completamente distintos, al punto que se ha reconocido por varios órganos de control que los contratos de productividad no vulneran el principio de prohibición a la doble asignación. Por ende, debe aclararse que lo único que se pretende hacer al tomar como referente la información relevante del contrato laboral, es tener en cuenta situaciones representativas e indispensables desde el punto de vista informativo, para eliminar que se presente la posibilidad de ocurrencia del fenómeno de la asimetría de la información en el contrato de productividad.

En ese orden de ideas, es bien conocido que las asimetrías informáticas entendidas como la pérdida de información relevante para efectuar regulaciones económicas adecuadas es un hecho perverso en los modelos económicos aplicables a los contratos, situaciones que deben ser evitadas a toda costa, por más que esto implique el aseguramiento de la información escasa para generar un escenario regulatorio así esto demande la utilización de la información prevista o recaudada en la ejecución de los contratos laborales. Para observar los efectos nocivos de contratos que adolecen

³ Bengt Holmstrom. “Moral Hazard and Observability” Bell Journal of Economics (1979)” p.324



de asimetrías informáticas puede observarse el trabajo de los profesores Ines Macho Stadler y David Perez Castillo, quienes frente a esta nociva problemática han señalado lo siguiente: *"El mayor inconveniente que se pueda presentar en el momento de realizarse un contrato es la asimetría en la información, porque esta asimetría genera ineficiencias en la elaboración de los contratos y por lo tanto estos no son óptimos. El hecho de que una parte de la relación tenga mayor grado de información que la otra, condiciona su propio comportamiento y la pone en una posición ventajosa de la cual puede sacar provecho en detrimento del bienestar de la otra parte. Por ejemplo, en el caso de una empresa que actúa en un mercado regulado, está cuenta con información privada acerca de sus costos y su nivel de eficiencia, mientras que el regulador tiene acceso restringido a este tipo de información. Esta condición no le permite diseñar un mecanismo de regulación óptimo por medio de incentivos que maximicen el bienestar social."⁴ (Subrayado fuera de texto)*

Por ende y si nos remitimos a los postulados propios de la buena fe, la entidad obró de manera altruista cuando ofrece al proceso contractual toda la información que resulte de carácter esencial para de ella derivar repercusiones económicas, de esta manera se evitó a toda costa, que se presentaran asimetrías informáticas o ausencias de información que den lugar a deficiencias perversas para la asignación eficiente de los recursos. Por otra parte, y una vez demostrada que la relación efectuada entre las dos relaciones jurídicas tiende ante todo evitar las desviaciones del sistema, situación que incluso repercute en beneficio del contratista al permitir una más eficiente asignación de los recursos.

El otro gran punto que será objeto de tratamiento es el sistema de glosas y su carácter de incentivo a través del legítimo mecanismo de la penalidad. Desde esta óptica la regulación económica del contrato como se demostró es una situación importante que puede ser validada por medio de diferentes medios, entendiendo que esta vez los mecanismos implementados para generar incentivos dentro del contrato y que resultan ser esenciales para la generación de efectos económicos, tienen una valiosa función dentro de la futura ejecución, pues más que generar una sanción a las conductas de incumplimiento están dirigidos a toda costa al logro de los intercambios eficientes; en consideración a ello, las políticas de incentivo económico a través del sistema de penalidades cumple a lo sumo una función de orden altruista, ya que a todas luces permite la modulación de la conducta del contratista en miras de posicionar su comportamiento dentro del contrato, generando el incentivo psicológico adecuado para recibir mayores méritos económicos a modo de recompensa. Es de anotar que ese posicionamiento conductual también favorece a la administración, pues le permite generar el espacio de posicionamiento adecuado del incentivo que en definitiva se verá retribuido en un mayor grado de mejora en la atención de los pacientes propiciando un ciclo de eficiencia administrativa que en ultimas es el objetivo preponderante de la regulación económica contractual.

Estos efectos pueden percibirse de manera puntual en los criterios definidos para que entre en operación el sistema de incentivos de la glosa al señalar dos aspectos informáticos relevantes los cuales se mencionarán brevemente:

⁴ Ines Macho Stadler, David Perez Castrillo. "An Introducción to the Economics of información: Incentives and Contracts. Oxford University. 2.001 pág 9.



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 614 DE 2020

- Incumplimiento en la bolsa de horas base mes referencial de planta.
- Incumplimiento en la bolsa mínima de horas adicionales de productividad contenida en la tabla 4.1

Desde esta concepción se emplea información relevante y trascendente de los modelos de la prestación del servicio generada bajo el modelo tradicional de la vinculación a la planta, para usarla con un efecto útil desde el punto de vista económico para generar efectos regulatorios eficientes en el modelo financiero adoptado en el contrato de productividad. Esta situación concreta abre un importante punto de referencia, pues si bien antes se había explicado el uso de la información para evitar situaciones asimétricas, en este caso el uso de la información relevante de las situaciones a reglar por el contrato, hacen alusión directa a la política de incentivos contractuales.

Así, el uso de información escasa pero determinante en el contrato para generar incentivos, es una información irremplazable para generar el efecto pretendido, razón por la cual, desde el punto de vista de la regulación, no resulta conveniente eliminar la información de la planta, pues ello genera la perdida de instrumentos beneficiosos en aras de conseguir la eficiencia requerida dentro del contrato. En tal sentido y ya frente al uso de información inapropiada para la implementación de incentivos en los contratos, puede observarse el trabajo de Bengt Holmstrom y Paul Milgrom en el que analizan el problema de la variedad de tareas o funciones para la provisión de incentivos. En donde exponen que muchos sistemas de incentivos fallan en la realidad por olvidar esta importante lección, al concentrarse en tareas que son fáciles de medir, como ventas o beneficios relegando otras más importantes pero que son difíciles de evaluar como la calidad o las relaciones de largo plazo con clientes o proveedores. Los agentes responden a estos incentivos asimétricos centrándose en las tareas más sencillas de medir con lo que la relación contractual se resiente.⁵

Por último, vale la pena resaltar que los incentivos en materia de contratación están llamados a generar la eficiencia económica de tal manera que las medidas contractuales encaminadas a producir dichas dinámicas se encuentran plenamente legitimadas y justificadas en los contratos de productividad. Por ello debe admitirse que es viable efectuar la regulación del comportamiento económico del contrato por medio de varias medidas que permiten fijar en su ejecución un adecuado modelo de eficiencia tanto en la asignación de los recursos, como en la generación de un modelo eficiente de prestación del servicio. Desde luego las teorías modernas avanzan en el sentido de considerar que la función de regulación económica no se limita o circunscribe a un ámbito económico del funcionamiento de un mercado, sino también a la creación de condiciones favorables para ambas partes en el ámbito de ejecución contractual. De este modo el criterio de eficiencia económica en consideración a ámbitos regulados ha sido descrito por la literatura especializada en los siguientes términos: *"La orientación genérica de la regulación es, por tanto, según se desprende de esta argumentación, la eficiencia económica. Por esta razón otros objetivos que pudieran presentar un componente de atención social se subordinan al objetivo general de conseguir la mayor eficiencia económica posible."*⁶ En consideración a este planteamiento, un asunto importante en relación a los medios empleados en los contratos para generar efectos de

⁵ Beng Holstrong Y paul Milgron. "Multi-Task Principal Agent Analysis" Journal of law, Economics and Organización (1991) P 24.

⁶ Nuria Ruiz Palazuelos. "Regulación Económica y Estado de Derecho." Tirant Lo Banch. Valencia. 2018. Pag 128.



eficiencia se encuentra precisamente en la sustitución de las reglas de mercado por regulaciones artificiales acordadas inter partes para producir la eficiencia económica del contrato, en pocas palabras y al ser el contrato un escenario vedado para la confluencia normal del efecto competitivo como mecanismo que condiciona la eficiencia y los recursos, pueden las partes a mutuo generar las condiciones económicas apropiadas para crear una eficiencia económica cuyos efectos benéficos puedan ser irradiados a las partes de manera equivalente. De este modo el aumento de la productividad que se obtiene de manera regulada en el presente contrato es un incentivo lo suficientemente persuasivo para lograr el cumplimiento de la eficiencia. Estos efectos benéficos de los incentivos como técnicas de regulación económica en los contratos y en mercados artificiales imperfectos, ha sido comentado por la doctrina en los siguientes términos: *"Para ello es más que necesario que en mercados que estén desprovistos del estímulo competitivo como sistema de control y de asignación del precio eficiente, se recurra de manera obligatoria a mecanismos regulatorios alternos que hagan posible a la sociedad gozar de precios eficientes conforme a los costos marginales."*⁷

En consideración a lo expuesto y de manera concluyente puede ante este aspecto señalarse, que los mecanismos de incentivo con penalidades a través del sistema de glosas en el presente proceso de contratación, tiene un efecto benéfico para ambas partes dentro de la relación contractual, pues está diseñado para que los contratistas oncólogos maximicen sus utilidades de acuerdo a su comportamiento productivo en el contrato y es benéfico también para la entidad, pues se fomenta un clima de eficiencia productiva que en ultimas se traduce en un mayor desempeño institucional, por ende esta maximización de los beneficios de las partes se ha tenido muy en cuenta para la estructuración del modelo financiero previsto en el contrato y de esta manera y reconociendo esta causa de inspiración del modelo de productividad puede concluirse de la mano de la doctrina especializada lo siguiente: *"El concepto de eficiencia de asignación, que es en sí mismo problemático como un objetivo normativo para el bienestar económico, propone en primer lugar que no hay un acuerdo general entre los economistas en la prueba que se aplica a la discusión, hasta ahora hemos implícitamente adoptado el test de Pareto que sostiene que los recursos son asignados de manera eficiente, cuando se logra el mayor grado de bienestar individual sin sacrificar los intereses de bienestar del otro. Para ponerlo de otra manera un mejoramiento pareto al bienestar ocurre cuando al menos un individuo gana y nadie pierde."*⁸

No es necio recordar que de conformidad con la ley 4 de 1992 artículo 19 y la ley 269 de 1996, el personal asistencial de la salud puede percibir más de una asignación salarial y desempeñar más de un empleo por si o por interpuesta persona natural o jurídica, sin que ello implique correlatividad en la relación contractual.

⁷ Michael Alba Martínez. "El Contrato de Concesión de Servicio Público. Las nuevas Técnicas de Generación y Explotación de Infraestructura y las demas aplicaciones que surgen como consecuencia del Cambio Institucional." Editorial Académica Española. 2017. Pág. 101.

⁸ Ogus Anthony I. Regulación Legal Form and Economic Theory. Oxford University Press. 1994. Pág 22.



C). SOBRE LA FLAGRANTE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD LOS CONTRATOS

Se reitera de forma clara y evidente, que no hay ni existe una presunta vulneración a ninguna condición contractual, esto por cuanto cada vinculación a la entidad, comportan situaciones de derecho totalmente diferentes, que no van en contra vía de nuestro ordenamiento jurídico.

Nuevamente y frente a este tópico, reiteramos que:

1. El modelo de productividad está diseñado con el fin de establecer un mecanismo legal que permita atender la demanda adicional de ciertas especialidades previamente definidas por el Instituto que no realizan los médicos subespecialistas dentro de su jornada laboral a que están obligados como empleados públicos de acuerdo con las agendas médicas que se programan desde la Subdirección Médica y Docencia.
2. Frente al agendamiento de citas y procedimientos se les permite a dichos profesionales de planta que puedan cumplir dicha jornada atendiendo las agendas médicas que les sean programadas estableciendo horas equivalentes (u otras medidas-vgr. UVR) de acuerdo con las actividades y procedimientos que les son asignadas por la citada Subdirección; pero este mecanismo excepcional tiene un piso de 130 horas presenciales en las cuales deben desarrollar las agendas programadas en planta y que deben cumplirse para que opere el modelo.
3. Lo anterior significa que para que pueda definirse cualquier "producción adicional" que deba cumplir un tercero, debe quedar verificado el cumplimiento, de una parte, de las horas mínimas presenciales establecidas para el empleado público que desarrolla funciones de médico especialista y de otra, que haya cumplido con su agenda de citas, procedimientos programados y demás obligaciones de orden laboral.
4. A partir de esas dos premisas, como se entiende, es que puede nacer una relación independiente y única que el modelo concibe como un "tercero" responsable de llevar a cabo la producción adicional que requiere el instituto, *en forma autogestionaria, con autocontrol y autogobierno, en forma independiente y autónoma* y para lo cual solo son convocadas personas jurídicas o las uniones temporales o consorcios que las mismas constituyan.
5. Es importante señalar que teóricamente no se establece que los subespecialistas deban "*coincidir necesariamente*" con aquellos que son de la planta del Instituto como empleados públicos; es la persona jurídica que resulta adjudicataria quien adopta dicha decisión, pero bien podría optar por otro profesional con las competencias requeridas, en el entendido claro que se trata de una relación contractual que solo rige respecto del contratista y cuyas obligaciones solo son exigibles en los términos del respectivo contrato a la persona moral. Un asunto claro que el modelo tiene claramente contemplado.

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 614 DE 2020

6. La anterior premisa contempla sin embargo el análisis de lo que en la práctica sucede y es que los subespecialistas han constituido la persona jurídica de la cual hacen parte y por ende son quienes llevan a cabo el cumplimiento de las obligaciones de aquella; lo cual resulta admisible por dos razones básicas: en primer lugar que por tratarse de personal asistencial, están excepcionados legalmente de la prohibición contenida en los artículos 127 y 128 constitucionales, lo cual les permite recibir directa o indirectamente más de una asignación que provenga del tesoro público, tal y como lo prevé el artículo 19 de la ley 4ª de 1992; y en segundo lugar, porque operativamente y por razones de calidad, el médico tratante termina llevando a cabo las actividades y procedimientos al paciente de manera continua, con la pertinencia e integralidad que le corresponde y que impide que por razones administrativas puedan interrumpirse o afectarse las atenciones en salud que reciben los pacientes. Resulta racional entonces que en la práctica los profesionales que hacen parte de la planta "coincidan" logísticamente con aquellas que laboran directamente para el contratista adjudicatario y que tiene a su cargo la producción adicional.
7. De acuerdo con lo anterior, resulta claro para el Instituto que, el concepto jurídico aportado resulta inexacto, imprecisos o erróneos en algunos de los aspectos sobre los cuales haremos precisión, particularmente para definir que:
 - 7.1 Efectivamente el vínculo con el Instituto con los subespecialistas está regido únicamente por una relación legal y reglamentaria mediante el nombramiento que le ha dado lugar, lo cual les hace exigible el cumplimiento de sus obligaciones como empleados públicos y por ende responsables desde el ámbito disciplinario si fuere el caso, v.gr por el no cumplimiento de las horas presenciales establecidas que el modelo permite que sean de 130 horas mes, diferente a la de los demás empleados públicos.
 - 7.2 Es claro para el Instituto que dicha relación no es la misma ni coincide con las actividades que realizan como ejecutores de un contrato administrativo celebrado entre una persona jurídica de la cual hacen parte (que es una eventualidad) y que ha contratado con el Instituto la producción adicional; de ello no asiste ninguna duda para la entidad y así está definido por el modelo a que se ha hecho tantas veces referencia y que es de conocimiento institucional.
 - 7.3 Consecuencia de lo anterior, resulta claro que las obligaciones que eventualmente asumen los profesionales con la persona jurídica adjudicataria, son independientes una de otra con las que corresponden a la que cumplen los especialistas como empleados de planta; no obstante, aquélla no puede asumir sus obligaciones para atender la producción *adicional* si quienes realizan la producción de planta no han cumplido con ella o no han atendido sus obligaciones presenciales con el Instituto.
 - 7.4 Ahora bien; si la persona jurídica contratista presenta cuentas de "*producción adicional*" correspondiente a actividades asistenciales ejecutadas por sus propios profesionales subespecialistas, surge la pregunta indudable de si debe acreditar que la misma es *extraordinaria* y por fuera a la producción efectuada por los empleados de planta quienes además deben haber acreditado 130 las horas presenciales que les exige el cargo público;



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 614 DE 2020

Página 12 de 12

la respuesta no puede ser sino positiva, pues no puede haber exigencia de un pago que está sometido precisamente a dicha condición y de no darse las prestaciones efectuadas no cumplirían el requisito de exigibilidad de pago.

7.5 El tema comentado no es menor, pues de no quedar establecido el anterior criterio, la persona jurídica adjudicataria podría presentar cuentas que no resultan ser *adicionales* y el Instituto pagar lo no debido. Consecuencia de lo anterior el Instituto está facultado contractualmente y obligado legalmente a verificar la exigibilidad de la obligación frente al contratista pero no porque a la persona jurídica le sean exigibles las horas de trabajo adelantadas por sus asociados o socios, sino porque las cuentas no pueden ser presentadas si no se ha probado que se trata de una producción *adicional*, cualquiera haya sido el subespecialista que la haya desarrollado en planta; de allí que *la glosa a la cuenta* se hace es “al contratista” y la misma cobra sentido si no se ha probado la presencialidad de las 130 horas o el cumplimiento de las actividades que deben haber sido desarrolladas por el personal de planta y que por un asunto casuístico, lo cumplen los mismos profesionales bajo el amparo legal señalado pero que el modelo no lo deja planteado como requisito.

Con base en lo anterior y por las razones expuestas consideramos que la opinión jurídica presentada por su Asociación emitido por la firma de abogados, no está acorde con la realidad fáctica, técnica y jurídica que desarrolla el modelo de productividad, pues como lo hemos expuesto de manera resumida, plantea un asunto extraño al mismo, pues nunca fue contemplado que las obligaciones de los especialistas en planta pudieran servir de motivo de glosa de las cuentas del contratista, salvo en cuanto constituyen el referente del cumplimiento de la *producción adicional* a su cargo; al punto que no sería factible certificar que se ha dado al cumplimiento de uno de los parámetros establecidos en la convocatoria y por ende al contrato que sea celebrado.

Así las cosas, el Instituto Nacional de Cancerología ESE, espera de esta forma haber dado respuesta a sus inquietudes y considera cerrada la etapa de observaciones.

Cordialmente,

CAROLINA WIESNER CEBALLOS

Directora General

Vo Bo: Juan José Pérez Acevedo – Subdirector General de la Gestión Administrativa y Financiera. *JJP*

Vo Bo: María Yaneth Gil Parra – Coordinadora Grupo Área Financiera *YGP*

Vo Bo: Yolanda Ramirez Gomez – Coordinadora Grupo Gestión Compras y Contratación. *YRG*

Vo Bo: Jorge Orlando Neira Roldan – Asesor Dirección General

Vo Bo: Alvaro Guillermo Acosta Peñaloza – Asesor

Reviso: Wilson Ibarguen Lozano – Profesional Universitario Grupo Gestión Compras y Contratación. *WIL*

Elaboró: Diego Rojas – Auxiliar Administrativo Grupo Gestión Compras y Contratación.

