

Concepto frente al artículo 9 del Decreto 538 de 2020

SCODEM, como entidad vinculada de manera directa a los profesionales de la salud y atendiendo a la expedición del Decreto 538 de 2020 del día 12 de abril, quiere, a través de su departamento jurídico, presentar a ustedes el presente concepto frente al llamado obligatorio a los trabajadores de la salud para apoyar, eventualmente, las labores en salud.

Para nosotros el artículo resulta confuso y falto de fundamentación. Sin embargo, al ser una norma contenida en un decreto con fuerza de ley, adquiere las condiciones de esta última y debemos esperar su reglamentación. Desde ya comprendemos que es una norma que se aplicará en extremo pero debemos estar preparados para entender su reglamentación y definitivamente para cumplir con dicha obligación. Lo anterior no es obstáculo para que pongamos de manifiesto las incongruencias jurídicas que presentan la norma y la necesidad que se tiene, previo a su aplicación, de tomar medidas definitivas en la prestación de servicios.

Con base en el presente documento y demás observaciones que se realicen al Decreto se elaborará una comunicación dirigida al Presidente de la República, con el fin de apoyar las distintas observaciones que las entidades gremiales realicen a la norma en cuestión y, eventualmente, se podría pensar en realizar acciones constitucionales con el fin de salvaguardar las dignidad e integralidad de los profesionales de la salud que están con nosotros.

El artículo en cuestión resulta demasiado general por cuanto no advierte situaciones imperceptibles como los derechos básicos que se le deben respetar a estos trabajadores de la salud, su manera de vinculación, el tiempo y los elementos mínimos con los que deben contar para la prestación de este servicio, lo cual consideramos básico a la hora de expedir esta norma en este momento de crisis nacional y mundial.

Parece claro que las razones que llevan al Gobierno Nacional a dictar una medida como la que nos ocupa, es la falta de profesionales de la salud frente a una eventual agudización de la pandemia, situación que el sistema no podría soportar, puesto que es escaso el talento humano en salud que hay en el país, en donde la tasa de profesionales de la medicina per cápita es de las más bajas a nivel Latinoamérica e incluso a nivel mundial. Razón por la cual el Gobierno se ve obligado bajo el principio de solidaridad, el cual tiene arraigo constitucional y legal en la Ley 14 de 1962 y 23 de 1981, a convocar a todos los profesionales de la salud en ejercicio sin distinciones de profesión o especialidad, para apoyar al sistema de salud en estos momentos de crisis.

Es así como haciendo uso tácito del deber que tienen los médicos para con sus pacientes, con la sociedad y el Estado, el Gobierno obliga a todos los médicos a apoyar al sistema de salud para las labores que él mismo le vaya asignando a través de los entes que prestan los servicios médicos. Inicialmente no podría ser de recibo excusarse en su especialidad o en casos extremos en la falta de pericia para negarse a este llamado, debido a que se parte de la premisa que el médico antes de ser especialista es médico general y por tanto conocedor de esta ciencia y se encuentra debidamente habilitado para ejercerla en todo tiempo, modo y lugar.

Parece indicar el artículo que el no atender a este llamado podría generarle al médico sanciones que aunque no están dispuestas en el decreto, pueden consolidarse, siendo la más probable una sanción por desconocimiento a las normas del Código de Ética médica. No obstante, como se ha advertido, aún no se ha reglamentado. De igual manera podemos señalar que solo las excepciones que dispone la norma serían aplicables para hacer caso omiso justificado del llamado, excepciones que valga la aclaración, tampoco indica la forma de probar y además resultan ser situaciones que eventualmente pueden ser muy comunes.

Por otro lado, en el momento de dar aplicación a la norma debemos revisar qué no ha tenido en cuenta el Gobierno a la hora de dictar esta medida. Lo más importante, desde la declaración de emergencia, es que no se ha cumplido, cabalmente, por parte de ninguno de los actores del sistema obligados con la entrega de Elementos de Protección Personal (EPP), situación que resulta evidente con las quejas que a diario se reciben de todo el territorio nacional. El tema se lo han pasado entre los empleadores y contratantes (Clínicas y hospitales) y las ARL, aunque el Sistema de Riesgos Profesionales es claro en advertir que esto es una obligación del empleador, el Gobierno ha querido trasladar la obligación a las ARL, a través de Circulares, las cuales aún desconocemos si son de cumplimiento obligatorio. Lo anterior generó (incluso a través de un comunicado en Twitter), que el Gobierno emita un ultimátum a las ARL para que entreguen los EPP. Sin embargo, lo cierto es que no hay una norma que las obligue. Ésta brilla por su ausencia y coloca a los trabajadores de la salud en el medio, sin protección y expuesto al contagio.

Claramente si a los trabajadores y contratistas no se les entregan los EPP, no se les está garantizando las condiciones para cumplir con sus contratos laborales o de prestación de servicios, según el caso, lo cual abre la posibilidad de dar por terminadas esas vinculaciones. Seguramente, saldrá una persona que diga que por ética médica no lo podrán hacer y que incluso sin estas medidas de protección los médicos están en la obligación de prestar el servicio.

Quienes pueden llegar a defender esta postura, deben recordar que existen en el ordenamiento normas incluso de categoría de ley estatutaria, que de no cumplirse fácilmente podrían servir de argumento para que los profesionales de la medicina se excusen de cumplir el llamado obligatorio que hace el gobierno. Podemos citar inicialmente la Ley Estatutaria de Salud la cual dentro de sus disposiciones obliga al Estado a evitar adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población, es decir, al obligar a los médicos y en general a todo el talento humano en salud a prestar un servicio en condiciones inadecuadas los expone a un deterioro de su salud, razón por la cual desde esta perspectiva un llamado en estas condiciones no resulta procedente. Esta misma ley en un artículo posterior dispone el amparo para los profesionales y trabajadores de la salud, de condiciones laborales **justas y dignas**, lo que es contrario a las condiciones actuales pues es de conocimiento general las pésimas condiciones laborales y de contratación en las cuales se encuentran los profesionales de la salud, sin embargo, extrañamente el Decreto 538 de 2020 no se pronuncia ni define formas de contratación del personal que será llamado a prestar este servicio obligatorio, en este sentido tampoco se cumple con las disposiciones estatutarias del Derecho Fundamental de la Salud y el llamado no sería procedente.

Yendo más a fondo, debemos revisar las formas de contratación en las cuales podría vincularse este personal de la salud, tenemos tres maneras básicas. La primera, por contrato laboral para lo cual también se deben cumplir no solo con las condiciones de dignidad sino también con las obligaciones de protección de los profesionales de la salud, incluida la entrega de EPP. La segunda sería un contrato de prestación de servicios civil en la cual no se obliga a las personas a ejecutar labores que atenten contra su vida o integridad personal. Y la tercera una vinculación como servidores públicos en donde tampoco se puede exponer la integridad del servidor.

Como se puede observar para hacer obligatoria y vinculante la inclusión del talento humano en salud, primero el Gobierno debe sanear las condiciones de contratación existente y luego si generar la exigencia. Siempre debemos poner primero la dignidad y protección de quienes vamos a encargar en primera línea para enfrentar el problema, para después sí exigir.

A lo anterior, le podemos agregar normas de la ley de talento humano en salud e incluso del mismo Código de Ética Médica, en el cual se permite la negación del servicio por parte del médico cuando no se cuentan con las garantías de seguridad para la misma (Artículo 6), pero todo redundaría en el mismo punto, si no hay condiciones adecuadas, no existe obligación de prestación.

Ahora en el eventual caso que se supere la dificultad frente a las condiciones de la prestación, principalmente, unas condiciones dignas para la contratación y la entrega de los EPP, superando



SCODEM

SOCIEDAD COLOMBIANA DE DERECHO MÉDICO

el obstáculo que actualmente se presenta, esto nos conlleva al cumplimiento de la norma y la obligatoriedad para los profesionales de la salud de atender el llamado, para ello recomendaremos acoger las recomendaciones de la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas y clasificar las labores a cumplir de acuerdo con las capacidades de cada médico, ya que si el profesional no está capacitado no solo el riesgo de contagio es mayor, sino además se crea otro riesgo y es la posibilidad de aumentar las reclamaciones por responsabilidad civil, tan de moda actualmente, por ello se requiere que se acoja esta recomendación atendiendo las competencias que tenga el personal.

Como conclusión podemos decir en este momento que aunque existe un llamado obligatorio a todos los médicos y en general a todas las personas que componen el talento humano en salud por parte del Gobierno Nacional, a este llamado se le debe dar un desarrollo más amplio en coordinación con las normas que regula el ejercicio de los profesionales de la salud, el ordenamiento jurídico en general y la realidad de la pandemia.

Quedamos atentos a sus inquietudes.

Cordialmente,

**Departamento Jurídico
SCODEM
12 de abril de 2020**

NIT. 900.304.288-4
Calle 95 No. 15-33 Of. 401
PBX (1) 745 0553
Bogotá, Colombia

www.scodem.com.co