



000100

1. Antecedentes

La solicitud es presentada por el señor XYZ y por la Clínica XXX quienes solicitan al Ente territorial en Salud aplicar la excepción de inconstitucionalidad de las Resoluciones No. 1441 de 2003 y 2003 de 2014, debido por un lado a que la Clínica XXX adoptó la decisión de ofrecer el servicio de trasplante hepático en la Clínica ZZZ

Y por su parte el señor XYZ, es profesional en medicina y obtuvo el título de especialista en Cirugía general, Aparato Digestivo y Laparoscopia. Expone además, que obtuvo una estancia formativa en Madrid España, en el Hospital Universitario doce de octubre, de dicha estancia se anexa certificado suscrito por el Director del Instituto de Cirugía Hepatobiliopancreática y Trasplante de órganos Abdominales, la cual da constancia de haber *“completado exitosamente el entrenamiento formal como cirujano en Trasplante de Hígado, Trasplante de páncreas y cirugía hepatobiliopancreática en esta institución, durante el período comprendido entre el 14-01-2012 y 31-12-2012”*, lo anterior con el objetivo de cumplir los estándares exigidos para la prestación del servicio establecidos en la Resolución 1043 de 2006.

Sostiene que para el año 2013, la Organización XXX tramita ante la Secretaría Distrital de salud la habilitación del grupo de trasplante hepático de la ZZZ, habilitación que fue conferida el día 16 de septiembre de 2013, sin embargo la misma no fue extensiva al grupo de talento humano, quien para el efecto en términos de autoridad territorial no reunía los requisitos establecidos en la Resolución 1441 de 2013. Lo anterior, en razón a que la resolución exige que se tenga un título de especialista en cirugía hepática; calificación académica que no ostenta el personal médico de cirujanos que presentó la institución que solicitó la habilitación. Dentro de este grupo de profesionales del área médica se encuentra el señor XYZ

2. Problema Jurídico

De la consulta y sus antecedentes, se establece que los problemas jurídicos a resolver son:

Establecer si es procedente que la autoridad territorial proceda a estudiar la posibilidad de dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad de las Resoluciones No. 1441 de 2003 y 2003 de 2014.

3. Normatividad y Jurisprudencia Aplicable

A efectos de orientar la consulta, esta Oficina Asesora Jurídica, refiere las disposiciones legales y postulados jurisprudenciales que predominan frente al tema:

3.1. Requisitos Habilitación

3.1.1. Constitución Política



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

“Artículo 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. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

“Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. (...)”

“Artículo 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. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”

3.1.2. Ley 14 de 1962 “Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía.”

“Artículo 2o. A partir de la vigencia de la presente Ley sólo podrán ejercer la medicina y cirugía:

a). Quienes hayan adquirido título de médico y cirujano expedido por alguna de las Facultades o Escuelas Universitarias reconocidas por el Estado y que funcionen o hayan funcionado legalmente en el país;

(...)”

3.1.3. Ley 23 de 1981 (febrero 18) “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”

“Artículo 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.”



3.1.4. Decreto 1465 de 1992 (septiembre 7) “Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981 en cuanto a la expedición de la Tarjeta Profesional del Médico y se dictan otras disposiciones.”

“Artículo 1o. Los médicos que hayan obtenido y obtengan autorización del Ministerio de Salud para el ejercicio de la medicina conforme a las disposiciones legales vigentes, acreditarán tal calidad en todo el territorio nacional con la Tarjeta Profesional de Médico, expedida por el Ministerio de Salud conforme a este Decreto.”

3.1.5. Ley 030 de 1992 (Diciembre 28) Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior

“Artículo 24. El título, es el reconocimiento expreso de carácter académico, otorgado a una persona natural, a la culminación de un programa, por haber adquirido un saber determinado en una institución de educación superior. Tal reconocimiento se hará constar en un diploma.”

3.1.6. Ley 1164 de 2007 (Octubre 03) Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud.

“Artículo 18. Requisitos para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones del área de la salud. Las profesiones y ocupaciones del área de la salud se entienden reguladas a partir de la presente ley, por tanto, el ejercicio de las mismas requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Acreditar una de las siguientes condiciones académicas:

a). Título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida, para el personal en salud con formación en educación superior (técnico, tecnólogo, profesional, especialización, magíster, doctorado), en los términos señalados en la Ley 30 de 1992, o la norma que la modifique adicione o sustituya;

b). Certificado otorgado por una institución de educación no formal, legalmente reconocida, para el personal auxiliar en el área de la salud, en los términos establecidos en la Ley 115 de 1994 y sus reglamentarios;

c). Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo a las normas vigentes. Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en estos.

*Parágrafo 2°. Quienes a la vigencia de la presente ley se encuentren ejerciendo competencias propias de especialidades, subespecialidades y ocupaciones del área de la salud sin el título o certificado correspondiente, contarán por una sola vez con un período de tres años para acreditar la norma de competencia académica correspondiente expedida por una institución legalmente reconocida por el Estado.
(...)”.*

“Artículo 21. De la prohibición de exigir otros requisitos para el ejercicio de las profesiones y de las ocupaciones del área de la salud. La presente ley regula general e integralmente el ejercicio de las profesiones y ocupaciones y tiene prevalencia, en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

Para el ejercicio de las profesiones y de las ocupaciones del área de la salud no se requieren registros, inscripciones, licencias, autorizaciones, tarjetas, o cualquier otro requisito diferente a los exigidos en la presente ley.”

“Artículo 22. Del ejercicio ilegal de las profesiones y ocupaciones del área de la salud. Ninguna persona podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no está autorizada sin los requisitos establecidos en la presente ley.”

3.1.7. Resolución 2003 de 2014 (28 de mayo) “Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud”

“Artículo 1. Objeto. La presente resolución tiene por objeto definir los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud, así como adoptar el Manual de Inscripción de Prestadores y Habilitación de Servicios de Salud que hace parte integral de la presente resolución.”

“Artículo 4. Inscripción y habilitación. Todo prestador de servicios de salud debe estar inscrito en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPS) y tener al menos un servicio habilitado. La inscripción y habilitación debe realizarse en los términos establecidos en el Manual de Inscripción de Prestadores de Servicios de Salud y Habilitación de Servicios de Salud adoptado con la presente resolución.”

Artículo 20. Transitoriedad. Se establecen como reglas transitorias las siguientes:

“(…) 20.4 Los prestadores de servicios de salud inscritos con servicios habilitados a la entrada en vigencia de esta resolución, tendrán hasta el 30 de septiembre de 2014, para realizar los ajustes necesarios y dar cumplimiento a lo establecido en la presente resolución y en el Manual de Inscripción de Prestadores de Servicios de Salud y Habilitación de Servicios de Salud adoptado con la presente resolución.

20.5 Una vez cumplido el plazo de transición establecido en el numeral anterior, toda visita de verificación a los prestadores inscritos con servicios habilitados, incluidas las de los numerales 20.2 y 20.3 deberán realizarse aplicando las condiciones de habilitación contempladas en la presente resolución.”

Anexo Técnico Resolución 2003 de 2014, en la página 144 del anexo, establece que “Por cada programa de trasplante especialistas clínicos según el programa de trasplantes que ofrece la IPS: para hígado, hepatólogo o gastroenterólogo; para riñón y páncreas, nefrólogo; para corazón, cardiólogo; para pulmón, neumólogo; y para intestino y multivisceral los especialistas clínicos para servicios de trasplante de riñón e hígado. Esto es para habilitar el servicio de trasplante de órganos, específicamente para trasplante hepático, deberá contar con “1. Cirugía de vías digestivas. 2. Servicio de gastroenterología y/o hepatología.”

3.2. Frente a vigencia de los actos administrativos

Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”



Artículo 88:

“Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”

3.3. Aspectos Jurisprudenciales

Corte Constitucional Sentencia C-037 de 2000.

“(…) la extensión analógica del principio de inaplicación de las normas manifiestamente contrarias a la Constitución para referirlo a todo tipo de disposiciones contrarias a otras jerárquicamente superiores, no consulta realmente la razón de ser de la aplicación analógica de las normas. En efecto, dicha manera de llenar los vacíos legales se fundamenta en el aforismo jurídico según el cual ibi éadem ratio, ibi éadem juris dispositio. En lo que concierne a la inaplicación de las normas por causa de su inconstitucionalidad manifiesta, permitida a cualquier autoridad, las razones que llevaron al constituyente a consagrarla tienen que ver con la garantía de la supremacía del orden superior, razones que no están siempre presentes en los casos de simple disconformidad entre una norma inferior y otra superior.”

Corte Constitucional, mediante Sentencia T 346 A /2014, en los siguientes términos:

“No existiendo derechos absolutos, la libertad de escoger profesión u oficio también tiene límites, derivados especialmente de dos aspectos relevantes: (i) la posibilidad que tiene el legislador de exigir títulos de idoneidad, para el ejercicio de aquellas profesiones que exijan especial capacitación y formación académica, cuya raigambre constitucional guarda relación y fundamento en el deber de las autoridades públicas de proteger los derechos ciudadanos y consultar el interés general; (ii) la obligación de las autoridades públicas competentes, de inspeccionar y vigilar el ejercicio de tales profesiones u oficios, conforme a las normas establecidas al efecto.

Dichos límites tienen reserva de ley, por lo que el legislador es el competente para establecer los diplomas de idoneidad que deben acompañar el ejercicio de las profesiones que los requieran y las condiciones en que se da la inspección y vigilancia.

Así, la exigencia de títulos de idoneidad es una excepción, cuyo propósito es proteger a la comunidad del riesgo derivado de un ejercicio indebido, inidóneo o irresponsable de tal libertad.”

4. Análisis Jurídico

La Secretaría Distrital de Salud, mediante acto administrativo proferido el 16 de septiembre de 2013, decidió habilitar al grupo de trasplante hepático de la Clínica Universitaria Colombia y negar al doctor Oscar Luis Padrón Pardo la habilitación como Cirujano en la especialidad de trasplante hepático, lo anterior por cuanto no cumple con los requisitos exigidos por la Resolución administrativa No 2003 de 2014, anexo técnico.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

Para el efecto, es dado que el artículo 18 de la Ley 1164 de 2007, establece que para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones del área de la salud, las personas deberán acreditar una de las siguientes condiciones académicas:

“a) Título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida, para el personal en salud con formación en educación superior (técnico, tecnólogo, profesional, especialización, magíster, doctorado), en los términos señalados en la Ley 30 de 1992, o la norma que la modifique adicione o sustituya; b) Certificado otorgado por una institución de educación no formal, legalmente reconocida, para el personal auxiliar en el área de la salud, en los términos establecidos en la Ley 115 de 1994 y sus reglamentarios; c) Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo a las normas vigentes. Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en estos.”

Así mismo contempla la norma en el parágrafo 2°. *“Quienes a la vigencia de la presente ley se encuentren ejerciendo competencias propias de especialidades, subespecialidades y ocupaciones del área de la salud sin el título o certificado correspondiente, contarán por una sola vez con un período de tres años para acreditar la norma de competencia académica correspondiente expedida por una institución legalmente reconocida por el Estado. (...)”*

En el mismo sentido, ha previsto que *“El Ministerio de la Protección Social (Hoy Ministerio de Salud y Protección Social) ajustará periódicamente y de manera progresiva, los estándares que hacen parte de los diversos componentes del SOGCS, de conformidad con el desarrollo del país, con los avances del sector y con los resultados de las evaluaciones adelantadas por las Entidades Departamentales, Distritales de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud.”*

Bajo tal circuncida, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 2003 de 2014, que derogó la 1441 de 2013, y en ella estableció los siguientes requisitos para ofertar para el servicio de trasplante hepático, indicando:

“Por cada programa de trasplante especialistas clínicos según el programa de trasplantes que ofrece la IPS: para hígado, hepatólogo o gastroenterólogo; para riñón y páncreas, nefrólogo; para corazón, cardiólogo; para pulmón, neumólogo; y para intestino y multivisceral los especialistas clínicos para servicios de trasplante de riñón e hígado”.

En tal sentido, esta instancia, estima que dicho precepto goza de presunción de legalidad y estudiar la presunta vulneración a la Constitución, por establecer como requisito la necesidad de aportar título de hepatólogo o gastroenterólogo para ejercer la actividad de cirugía hepática, cuando el propósito de las autoridades administrativas, está dada para proteger a la comunidad del riesgo que deriva el ejercicio de la salud; máxime si se tiene en cuenta que la medicina es una actividad profesional cuya práctica implica un elevado riesgo social, por tanto su ejercicio y el de sus diversas especialidades requieren títulos de aptitud, que acrediten los conocimientos técnicos necesarios para la realización idónea de las actividades correspondientes.

Valga decir en este caso, los fines del Estado están dados para que se satisfagan necesidades, pero tal satisfacción, implica la salvaguarda del interés general sobre el



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

particular, en este caso proteger la efectividad de derechos fundamentales como el derecho a la salud y la vida de las personas usuarias del Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia.

Como mencionó la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia T 346 A /2014, “No existiendo derechos absolutos, la libertad de escoger profesión u oficio también tiene límites, derivados especialmente de dos aspectos relevantes: (i) la posibilidad que tiene el legislador de **exigir títulos de idoneidad**, para el ejercicio de aquellas profesiones que exijan especial capacitación y formación académica, cuya raigambre constitucional guarda relación y fundamento en el deber de las autoridades públicas de proteger los derechos ciudadanos y consultar el interés general; (...)”

Esto es, hay una autoridad del Gobierno Nacional a quien se le atribuye la competencia de regular, los aspectos propios del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que van más allá de la simple definición de requisitos concernientes a la estructura orgánica de las instituciones, a su infraestructura física tecnológica y documentación de los procesos que se lleven a cabo. Se trata de contar con profesionales que cuenten con los requisitos previamente regulados, pues lo que se busca es proteger un derecho superior, que recae en el derecho fundamental de la salud, máxime para el caso, si se trata de procedimientos de alta complejidad.

Ahora bien, no discrepa esta autoridad administrativa, sobre la pericia que pueda tener el señor Padrón Pardo, pues tal circunstancia también ha sido acreditada por varias personas en distintos momentos, en cuyo caso el Ente Territorial se visto en la obligación de negar la solicitud de habilitación, como ha sido el caso de las personas que han ejercido la medicina homeopática sin ostentar el título expedido por una entidad de educación superior, pese a que una ley anterior no restringiera su ejercicio, pero que por virtud de la entrada en vigencia de una disposición legal como ocurrió con Ley 14 de 1962 no se podía ejercer la medicina Homeopática sin ostentar el título en la respectiva especialidad.

En este orden de ideas suponer, que se debería estudiar la aplicación de una excepción como la de inconstitucionalidad, además de poner a los asociados en una condición de inseguridad jurídica, en tanto por un lado la norma reguladora exige unos requisitos, pero por otro lado, en casos concretos se aplican excepciones, en el futuro todos los usuarios del sistema tendrán condiciones puntuales que implicarían no solo aplicar excepción al cumplimiento del reglamento sino también desconocer el principio de legalidad, fijado por la Constitución y la Ley.

Frente a éste último aspecto, el legislador ha previsto que “*los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)*”¹, esto es, existe presunción de legalidad de las decisiones de la administración amparadas por un fuero de autotutela, el cual puede ser revisado por si misma o cuestionado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¹ Ley 1437 de 2011, Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

En tal medida, si la Autoridad Administrativa expidió el acto administrativo No 2003 de 2014, sin el lleno de los requisitos, los interesados pueden controlar su legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo sugiere también, la Corte Constitucional en Sentencia T-219/16

5. Conclusión

- 5.1. De acuerdo con lo anterior, ante la petición del señor Oscar Luis Padrón Pardo y la Clínica Colsanitas- Organización Sanitas Internacional, no puede la autoridad administrativa, acceder al estudio de aplicación de excepción de inconstitucionalidad, de los actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del CPACA. Por tanto, no tiene efectos vinculantes para su destinatario pudiendo ser acogido o no, tal como lo corrobora el H. Consejo de Estado en providencia de fecha 22 de abril de 2010. Radicación 11001 0324 000 2007 00050 01 Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA donde se señaló: *“Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella. De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra”*.

Atentamente,

PAULA SUSANA OSPINA FRANCO

Proyectó: Nossa - Ollizarazo