T-219-16

Sentencia T-219/16

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional

DERECHO DE PETICION-Protección mediante acción de tutela

En relación con el derecho de petición la tutela es el mecanismo idóneo en tanto se trata de un derecho fundamental cuyo núcleo fundamental exige que la respuesta sea oportuna, clara, precisa y de fondo.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

La Corte Constitucional ha señalado que de forma excepcional puede resultar procedente la acción de tutela cuando la vulneración a un derecho fundamental proviene de un acto administrativo de carácter particular cuando sea necesario que el amparo opere como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial

DERECHO A ELEGIR PROFESION U OFICIO-Significado/DERECHO A ELEGIR PROFESION U OFICIO-Alcance

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto no se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad

El accionante no activó oportunamente los mecanismos idóneos y eficaces para atacar el acto de la administración, a saber, el Acta General de visita.

DERECHO DE PETICION-Vulneración por cuanto respuesta no respetó el núcleo esencial del derecho de petición al no resolver el recurso de reposición de fondo

El Ministerio de Salud ha vulnerado el derecho de petición del accionante al no haber dado respuesta al recurso de reposición en los términos señalados por el Consejo de Estado en

segunda instancia.

DERECHO DE PETICION-Orden al Ministerio de Salud y Protección Social dar respuesta de fondo al recurso de reposición interpuesto por el accionante

Referencia: expediente T- 5297250

Acción de tutela interpuesta por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo contra el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La demanda de tutela

1. El ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, a través de su apoderada judicial María Mónica Carballo Sierra, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Salud y la Secretaría de Salud de Bogotá por considerar vulnerados los derechos fundamentales de petición (Artículo 23 de la Constitución) y a escoger libremente profesión u oficio (Artículo 26 de la Constitución).

Hechos relevantes

2. El 3 de julio de 2013 una Comisión de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá realizó una visita para iniciar el proceso de habilitación del servicio de trasplante hepático de la Clínica Universitaria Colombia. Dicha comisión hizo constar, en acta[1] de la fecha en

mención, que al verificar las hojas de vida de los profesionales presentados por la institución como encargados de la prestación del servicio, se identificó que algunas de ellas no contaban con los certificados exigidos por la Resolución 1441 de 2013, proferida por Ministerio de Salud y Protección Social, como requisitos para la habilitación del servicio de cirugía hepática. En la misma acta se afirma que la visita preliminar será aplazada por un periodo no mayor a 15 días para que la institución que solicita la habilitación del grupo de trasplante hepático reúna la documentación requerida.

3. El 16 de Septiembre de 2013 la Secretaría Distrital de Salud adelantó una nueva visita dentro del proceso de habilitación de la unidad de cirugía hepática para verificar la capacidad técnica y científica de la institución y de su personal médico para la prestación del servicio de cirugía hepática. En acta de esta fecha[2] consta que la comisión señaló que el personal médico que intervendría como responsable del servicio no cumple con los requisitos para la habilitación en la especialidad médica de la cirugía hepática, de acuerdo con los parámetros 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[3]; 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 Oscar Luis Padrón Pardo.

4. La Resolución 1441 de 2013 entró en vigencia el 11 de mayo, fue publicada en el diario oficial No. 48.787 de la referida fecha y derogó la Resolución 1043 de 2006, en la cual no se incluía el requisito de especialización para los cirujanos hepáticos. La solicitud de habilitación de la Clínica Universitaria Colombia fue elevada el 27 de junio de 2013.

5. El 8 de Abril de 2014 el doctor Oscar Luis Padrón Pardo elevó una solicitud al Ministerio de Salud y Protección Social pidiendo a la administración que le acreditara su idoneidad para realizar trasplantes hepáticos en virtud de que, obrando de buena fe, adelantó un entrenamiento, por medio de una "estancia formativa" en la Universidad 12 de Octubre de Madrid (España), con miras a cumplir los estándares exigidos para la prestación del servicio establecidos en la Resolución 1043 de 2006. La administración dio respuesta el 19 de mayo de 2014, con número de radicación 20142530069295, negando la solicitud.

6. El 25 de Septiembre de 2014 el accionante presentó una nueva petición al Ministerio de

Salud y Protección Social, con número de radicación 201442301587262,[4] por medio de la cual solicitó la habilitación de la calidad de médico con capacidad para realizar trasplante de hígado. En la petición adujo que al momento de iniciar su habilitación la norma vigente era la Resolución 1043 de 2006, la cual no establecía el requisito de contar con especialización como condición para la habilitación del personal médico autorizado para realizar trasplantes hepáticos. Señala en su petición que la Resolución 1441 de 2013 no estableció reglas de transición que cobijaran a aquellos profesionales que, obrando de buena fe, hubieran iniciado la etapa formativa requerida para ejercer el servicio médico como cirujanos hepáticos, de acuerdo con el marco legal vigente en ese momento. Igualmente, indicó el peticionario que en España, lugar donde adelantó un entrenamiento en la disciplina de la cirugía de órganos, no existen las especializaciones en esta área de especialidad médica y que son las estancias formativas de entrenamiento las que califican al personal profesional como idóneo y competente para adelantar trasplantes de hígado.

7. El 9 de Octubre de 2014[5], el Director de Prestación de Servicios y Atención Primaria del Ministerio de Salud y Protección Social, el señor José Fernando Arias Duarte, mediante oficio con radicado número 201423101462841, dio respuesta a la petición presentada por el doctor Oscar Luis Padrón Pardo. En ésta se afirma que de acuerdo con lo establecido en la Resolución 2003 de 2014, que derogó la Resolución 1441 de 2013[6], son los servicios de salud ofrecidos por los prestadores los que son objeto de habilitación y no los profesionales que conforman el personal de talento humano. Igualmente, se afirma en la referida respuesta que la Resolución 2003 de 2014 establece que el personal médico que aspire tener a cargo los servicios de trasplante de órganos deberá acreditar estudios de especialización. Finalmente, se señala en el escrito que, de acuerdo con la Ley 1164 de 2007, para ejercer profesionalmente en el área de salud se requiere haber obtenido una titulación en una institución de educación superior legalmente reconocida, y en el caso de títulos extranjeros, se debe haber adelantado el correspondiente trámite de convalidación. Con base en las anteriores consideraciones, el Ministerio de Salud y Protección Social, negó las pretensiones del peticionario.

8. A través de escrito radicado el 20 de Octubre de 2014[7], con número de radicación 201442301732822, el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, interpuso recurso de reposición contra la respuesta que la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria del Ministerio de Salud y Protección Social dio a la petición que interpuso con la pretensión de

que se le habilitara como cirujano hepático. El 16 de marzo de 2015, con radicado número 201523100398771, la administración dio respuesta en la que se declara improcedente el recurso de reposición.

9. El 12 de marzo de 2015, el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, a través de su apoderada María Mónica Carballo, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Salud y la Secretaría de Salud de Bogotá aduciendo que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales de petición y de escoger libremente profesión u oficio.

Pretensiones del accionante

Respuestas de las entidades accionadas

11. El Instituto Nacional de Salud, por medio de escrito del 19 de Marzo de 2015[8], solicitó declarar improcedente la acción de tutela en razón a que el accionante dispone de otros medios de defensa y no ha demostrado la existencia de un perjuicio irremediable. En el escrito se argumentó que el demandante pretende que no se le aplique la Resolución 1441 de 2013, la cual fue expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en desarrollo de las facultades que le fueron conferidas por el numeral 3 del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, y que está amparada por la presunción de legalidad. Se afirmó que el principio de confianza legítima no puede tener el alcance de limitar a las autoridades públicas en la implementación de políticas públicas dirigidas a proteger la salud estableciendo estándares de calidad para la prestación de servicios quirúrgicos. Igualmente, se argumentó que a pesar de ser la entidad encargada de coordinar la Red de Donación y Trasplantes, no está dentro de sus competencias la de habilitar servicios de salud.

12. La Secretaría Distrital de Salud, mediante escrito del 20 de Marzo de 2015, como entidad accionada, dio respuesta a la acción de tutela. En la contestación argumenta que la Resolución 1441 de 2013, vigente al momento en que la Clínica Universitaria Colombia (perteneciente a la Organización Colsánitas Internacional) solicitó la habilitación del servicio de cirugía de trasplante hepático, fue la normatividad que la entidad tuvo en consideración al momento de realizar la visita de verificación dentro del respectivo trámite de habilitación. En dicha visita se verificó que el personal de talento humano, y en específico el Doctor Luis Padrón Pardo, no cumplía con los requisitos de la Resolución 1441 de 2013 en vigencia al

momento de la solicitud. Este acto administrativo modificó los requisitos establecidos en la Resolución1043 de 2006, exigiendo que los profesionales, que forman parte del personal médico de las entidades que buscan ser habilitadas para la prestación de servicios médicos de alta complejidad, hayan obtenido el respectivo título de especialización en trasplante de órganos. Por lo anterior, la Secretaría Distrital de Salud afirmó que actuó de acuerdo con la normatividad vigente expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social. En el escrito se señala que el derecho a escoger libremente profesión u oficio debe ser ejercido dentro de los parámetros legales vigentes y que en el caso de cirujanos en la especialidad en mención, el marco jurídico vigente exige que se tenga especialización en el área de cirugía que se pretende habilitar. Por último, se afirma que la acción resulta improcedente ya que el accionante puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativo para que se resuelva su reclamo.

13. El Ministerio de Salud y Protección Social, en contestación allegada al proceso el 20 de marzo de 2015[9], afirmó que la modificación de los requisitos para ser cirujano en trasplante de órganos que se introdujo en la Resolución 1441 de 2013 tuvo como una de sus motivaciones la aprobación por parte del Ministerio de Educación de los programas de especialización en Cirugía de Trasplantes a partir del 10 de Noviembre de 2010. Se informa en el escrito que en la actualidad existen 9 IPS con el servicio de trasplante de hígado y 22 cirujanos hepáticos al 31 de Diciembre de 2014. Así mismo, se afirma que a pesar de que el accionante ha presentado derechos de petición requiriendo ser habilitado de acuerdo a los parámetros fijados en la Resolución 1043 de 2006, se le ha dado respuesta informándole que a la fecha de la solicitud la norma vigente era la Resolución 1441 de 2013 y que debe adelantar ante el Ministerio de Educación los trámites de convalidación a que pueda haber lugar respecto a sus estancias formativas en el exterior. Acerca del recurso de reposición, radicado el 20 de Octubre de 2014 por el accionante, en contra de la respuesta al derecho petición en que se solicita la habilitación, sostiene el Ministerio de Salud y Protección Social que mediante oficio, con radicado No. 201523100398771 del 16 de marzo de 2015, se le informó al señor Oscar Luis Padrón Pardo que contra dicho acto no procede recurso, por tratarse tan solo de una consulta que no tiene carácter obligatorio y que no resuelve una situación jurídica de fondo, lo anterior con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia: Sentencia de 26 de marzo de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera – Subsección "A".[10]

14. En esta providencia el juez encontró que en el caso bajo estudio se vulneró el derecho fundamental de petición del accionante. Lo anterior en razón a que el Ministerio de Salud y Protección Social no dio una respuesta oportuna al recurso de reposición interpuesto por el demandante el 20 de Octubre de 2014. Dicho recurso fue elevado en contra de la respuesta que el Director de Prestación de Servicios y Atención Primaria del Ministerio de Salud y Protección Social dio el 9 de Octubre de 2014, mediante oficio con radicado No. 2011423101462841, a la petición presentada ante la referida autoridad el 25 de Septiembre de 2014 por parte del accionante. La respuesta de la administración, respecto a la posibilidad de habilitar al doctor Oscar Luis Padrón Pardo como cirujano hepático, fue clara, de fondo y resolvió la situación jurídica del peticionario. No obstante, a la fecha del fallo, afirma el juez de instancia, no se ha dado una respuesta al recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo en cuestión.

15. Respecto a la pretensión que se le habilite como cirujano hepático, el juez de instancia sostuvo que la acción de tutela, como mecanismo subsidiario, no puede sustituir al juez ordinario sobre el que recae la competencia para conocer del caso, más aún cuando no se ha demostrado la existencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción como mecanismo transitorio. Con base en lo anterior, el juez decide tutelar el derecho de petición del accionante, ordenando que se dé respuesta al referido recurso de reposición dentro de los 5 días siguientes a la notificación del proveído y denegando las demás pretensiones de libelo.

Impugnación

Impugnación del Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de accionado

16. El 13 de Abril de 2015, el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, impugnó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección "A", del 26 de marzo de 2015. La impugnación se fundamentó en que la entidad accionada dio respuesta al recurso de reposición mediante radicado No. 201523100398771 del 16 de marzo de 2015, tal y como se afirmó en la contestación de la demanda.

Impugnación del accionante

17. Mediante escrito radicado el 15 de Abril de 2015, María Mónica Carballo Sierra, fungiendo como apoderada del señor Oscar Luis Padrón Pardo, impugnó el proveído del 26 de marzo de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección "A"-. Argumenta la parte accionante que, a pesar de que el Ministerio de Salud y Protección Social dio respuesta al recurso de reposición interpuesto por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, dicha respuesta no dio respuesta al fondo de la solicitud. Lo anterior, debido a que la administración consideró que la respuesta al derecho de petición presentado tiene la naturaleza de ser una consulta que no tiene fuerza vinculante y que no es susceptible de ser recurrida. Sostiene la parte accionante que la respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social significa que el señor Oscar Luis Padrón Pardo no cuenta con ningún mecanismo jurisdiccional, ni en sede administrativa o ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para solicitar la protección a los derechos fundamentales que considera le están siendo vulnerados. Lo anterior, en opinión del impugnante, muestra que la acción de tutela sí puede operar como mecanismo principal en el caso bajo examen.

18. Por otro lado, se afirma en el escrito de impugnación que incluso si existieran otras vías jurisdiccionales para solicitar el amparo de los derechos presuntamente vulnerados, la acción de tutela resulta igualmente procedente en virtud de que en el presente caso se puede configurar un perjuicio irremediable a causa de las dilaciones que generaría acudir a otras instancias diferentes a la del juez de tutela. Al no solucionarse la situación jurídica del señor Oscar Luis Padrón Pardo respecto a su habilitación profesional, según se afirma en el escrito de impugnación, el ciudadano corre el riesgo de perder la habilidad para realizar cirugías de trasplante hepático. Así mismo, sostuvo que el accionante sufre un daño reputacional dentro del gremio de los profesionales en salud causado por la demora de las autoridades competentes en resolver su situación. Finalmente, señala que existe un perjuicio irremediable fundamentado en las consecuencias económicas que la no habilitación ha generado en su patrimonio, debido a que incurrió en altos gastos para costear sus estancias formativas en España.

Segunda instancia: sentencia del 22 de Octubre de 2015 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.[11]

19. En segunda instancia se confirmó lo decidido en la providencia impugnada. El juez encontró que no obstante que la administración consideró como no procedente el recurso de reposición, con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece que las consultas no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, el acto administrativo en cuestión resolvió de fondo lo solicitado y definió la situación jurídica del peticionario respecto a la solicitud elevada. En este sentido, al considerar materialmente la naturaleza de la respuesta no se puede concluir que sea una consulta. En virtud de lo anterior, recae sobre la administración la obligación de dar trámite al recurso de reposición dentro del término legal.

20. De acuerdo con esto, el Consejo de Estado afirmó que la respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social al recurso de reposición (mediante oficio con radicado No. 201523100398771 del 16 de marzo de 2015) no resolvió de fondo el recurso en mención, pues éste se limita a señalar que la respuesta dada al derecho de petición fue una consulta no vinculante contra la que no caben recursos. La providencia no se refirió a la presunta violación a la libertad de ejercer profesión u oficio.

Actuación adelantada en la Corte Constitucional

21. Mediante auto de 9 de marzo de 2016 la Sala, con miras a mejor proveer y obtener mayores elementos de juicio, tanto para esclarecer la situación fáctica como para contar con la información técnica y científica suficiente para la resolución del caso, solicitó las siguientes pruebas y se decretó la vinculación de los sujetos que tienen un interés directo en el fallo.

"RESUELVE

PRIMERO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE al Ministerio de Educación, para que dentro del término de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia se sirva informar a este despacho lo siguiente:

(i) ¿Cuántos programas de especialización en Cirugía de Trasplante de Hígado, o equivalentes, se encuentran acreditados por el Ministerio de Educación?

(ii) ¿Cuántas personas actualmente han obtenido el título de especialistas en

Cirugía de Trasplantes de Hígado, o equivalentes?

(iii) A la fecha, ¿se han convalido u homologado estudios, prácticas o estancias formativas en trasplante de hígado cursadas en España como equivalentes a una especialización en trasplante de hígado en Colombia? Si la respuesta es afirmativa, relacionar las fecha de su convalidación u homologación.

(i) Teniendo en cuenta que el 22 de octubre de 2015 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, confirmó el fallo proferido el 26 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, ordenando al Ministerio de Salud dar respuesta de fondo al recurso de reposición interpuesto por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo el 21 de octubre de 2014 contra la decisión que resuelve la petición de 25 de Septiembre de 2014 que resuelve la habilitación de la calidad de médico con la capacidad de realizar trasplante de hígado del accionante con número de referencia 201423101462841. INFORME al despacho el trámite surtido en cumplimiento de dicha orden, adjuntando copia de la respuesta ordenada.

TERCERO. Por Secretaría General, OFÍCIESE a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, quien actúa como demandado en el proceso T-5.297.250, para que en el término de las veinticuatro (24) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, remita a esta Sala:

(i) Copia del acto administrativo del 16 de septiembre de 2013 mediante el cual se 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.

(ii) Informe si se interpusieron recursos contra dicha decisión, de ser así, adjuntar copia de los actos administrativos que resolvieron los recursos.

CUARTO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE a los señores decanos de las facultades de medicina de las universidades Nacional de Colombia (Sede Bogotá), Rosario, Javeriana, Los Andes, de Antioquia y del Valle, así como al Presidente de la Academia Nacional de Medicina de Colombia, con el fin de invitarlos a participar en el presente proceso a través de concepto académico en el que ilustren a la Sala sobre los siguientes

interrogante:

¿Se pierde de forma significativa la habilidad para desempeñarse competentemente como médico, con capacidad para realizar trasplantes hepáticos, cuando la persona que ha recibido una capacitación para llevar a cabo dicho procedimiento no ha ejercido esa área de especialidad médica por un periodo superior a dos años?

En caso de que la respuesta sea afirmativa o negativa exprese las razones técnicas y científicas que sustentan la respuesta.

¿Cuál es el grado de dificultad que experimenta una persona entrenada para realizar trasplantes hepáticos para recobrar la pericia en dicha área tras un periodo prolongado (alrededor de 2 años) de no desempeñarse en esa especialidad médica?

Si no es posible dar una respuesta general a los interrogantes indique cuáles factores, a su juicio, pueden ser relevantes en el mantenimiento de la habilidad para realizar trasplantes hepáticos y cuales criterios deben aplicarse para evaluar la pericia de una persona que no ha practicado dicha especialidad médica por un tiempo significativo.

QUINTO. Por Secretaría General de esta Corporación, VINCULAR a la Organización Sánitas Internacional -Colsanitas- y a la Clínica Universitaria Colombia, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, se informe de la acción en curso, exprese lo que considere pertinente y, controvierta las pruebas acopiadas. Con tal fin, remítasele copia de la tutela promovida por el señor Oscar Luis Padrón Pardo contra el Ministerio de Salud, la Secretaría de Salud de Bogotá y el Instituto Nacional de Salud.

SEXTO. En cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015, PONER a disposición de las partes o los terceros con interés, las pruebas recibidas, para que se pronuncien sobre las mismas en un término no mayor a tres días."

En respuesta a las pruebas solicitadas se obtuvo la siguiente información:

22. El Ministerio de Educación, mediante escrito radicado el 14 de marzo de 2016[12] en la Secretaría General de la Corte Constitucional, respondió a los interrogantes que se le formularon en el auto afirmando: (i) que revisada el Sistema de Aseguramiento de la

Calidad de la Educación Superior – SACES y el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior – SNIES no encuentra evidencia de programas de especialización en cirugía hepática que hayan sido acreditados y que hayan recibido registro calificado otorgado por parte del Ministerio de Educación; (ii) que revisado el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior – SNIES – no se identifica registro alguno de estudiantes titulados en el país en Cirugía de Trasplante de Hígado o equivalentes; (iii) y que al verificar el registro del sistema virtual de convalidaciones VUMEN del Ministerio de Educación Nacional, no se encontró evidencia de convalidación de títulos correspondientes o equivalentes a una especialización de trasplante de hígado o estancias formativas cursadas en España.

23. El Ministerio de Salud y Protección Social [13]fue oficiado para que informara si había dado respuesta de fondo al recurso de reposición interpuesto por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo el 20 de octubre de 2014 (radicación No. 201442301732822), en cumplimiento de la orden proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, despacho judicial que conoció la segunda instancia de la demanda bajo estudio.

24. Mediante escrito radicado el 16 de Marzo de 2016 en la Secretaría General de la Corte Constitucional, el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Seguridad Social dio respuesta a la solicitud adjuntando las siguientes respuestas emitidas por la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria del referido Ministerio:

(i) Respuesta del 19 de mayo de 2014, con número de radicación 201425300692951[14], en la que se resuelve la petición que el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo interpuso ante la referida autoridad mediante escrito, con radicación número 201442300483482, en la que solicita se le acredite la estancia formativa y práctica que realizó en España para realizar trasplantes hepáticos.

(ii) Respuesta del 22 de mayo de 2014 con radicado número 201425300726681[15], a la petición instaurada por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, con número de radicación 201442300678362, en la que reitera la solicitud de que se le acredite la estancia formativa adelantada en España como cirujano hepático.

(iii) Respuesta del 10 de julio de 2014, con número de radicación 201425300990671[16], a

las peticiones interpuestas por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, con radicación número 20144230067877572 y 201442300787592, en la que el peticionario eleva una consulta respecto a los alcances de la Resolución 1441 de 2013.

(iv) Respuesta del 9 de Octubre de 2014, con radicación número 20142310146284[17], que da respuesta a la petición instaurada por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, mediante la cual solicita al Ministerio de Salud y Seguridad Social que lo habilite como médico con capacidad para realizar trasplante de hígado, la cual se radicó con número 201442301587262.

(v) Respuesta del 16 de marzo de 2015, con radicado número 201523100398771[18], en la que se declara improcedente el recurso de reposición interpuesto el 20 de Octubre de 2014 por el accionante contra la respuesta a la petición de habitación emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

25. La Secretaría de Salud Distrital respondió[19] (i) que en la visita de verificación adelantada el 16 de Septiembre de 2013 encontró que el prestador Clínica Universitaria Colombia no cumplía con los requisitos de talento humano, señalados en la Resolución 1441 de 2013, por lo que no fue habilitado el servicio, tal y como consta en el Acta General de visita de la referida fecha; (ii) que el Acta General de visita realizada por los comisionados adscritos a la Subdirección de Inspección, Vigilancia y Control de Servicios de Salud, de la Secretaría Distrital de Salud, es un acto de trámite que no es susceptible de recurso alguno.

26. La Academia Nacional de Medicina [20]: mediante comunicación radicada el 14 de marzo de 2016 dio su concepto señalando (i) que "un cirujano que se haya preparado en este campo probablemente no pierde de forma significativa la habilidad para su desempeño, aunque no haya practicado el procedimiento por dos o tres años"; (ii) que la disminución de la habilidad es variable dependiendo de la persona y sus circunstancias; (iii) que "una persona que se ha preparado para realizar trasplantes hepáticos, si es cirujano de escuela y ha tenido suficiente experiencia, probablemente recuperara la plena pericia en el procedimiento sin mayor dificultad después de un periodo no excesivamente prolongado de inactividad."

27. La Universidad de los Andes[21] allegó el 30 de marzo de 2016 concepto del doctor

Arturo Vergara, médico institucional de la fundación Santa Fe de Bogotá, y profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, en la que indicó: (i) que la norma vigente es la Resolución 2003 de 2014 y que es dicha disposición la que establece cuáles son los requisitos para mantener la experticia en el procedimiento en cuestión; (ii) que la pericia puede ser recobrada a través de un entrenamiento formal, actualizado, certificado, supervisado y que cumpla las disposiciones vigentes para la homologación de acuerdo al marco legal.

28. La Clínica Universitaria Colombia, prestador de servicios de salud de Colsánitas S.A, fue vinculada al proceso y mediante escrito radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 15 de marzo de 2016[22] informó: (i) que el doctor Oscar Luis Padrón Pardo está vinculado a la institución desde el 18 de Diciembre de 2012; (ii) que presentó solicitud en junio de 2013 a la Secretaría Distrital de Salud para que realizara la visita de verificación dentro del trámite de habilitación del servicio de trasplante de hepático y que en el acta de visita se dejó constancia que la institución no acreditó los requisitos de formación y entrenamiento certificado de algunos de los responsables de la prestación directa del servicio, entre ellos el doctor Oscar Luis Padrón Pardo; (iii) que los especialistas presentados ante la Secretaría de Salud contaban con experiencia en trasplante hepático y habían realizado su entrenamiento en el exterior, pero que no obstante no cumplían con el nuevo estándar establecido en la Resolución 1441 de 2013; (iv) que la Resolución en mención, en su artículo 18, autorizó a las I.P.S que se encontraban habilitadas antes de su entrada en vigor a que continuaran prestando los servicios de salud de acuerdo con los parámetros de la Resolución 1043 de 2006 la cual derogó.

29. Vencido el término concedido por la Corte Constitucional para allegar las pruebas solicitadas, la Pontificia Universidad Javeriana y la Fundación Universitaria Sanitas se pronunciaron en el siguiente sentido:

30. La Pontificia Universidad Javeriana, mediante escrito radicado el 7 de abril de 2016[23], indicó (i) que dentro de las labores de la Facultad de Medicina de esta institución no se encuentra la de atender pacientes, elaborar historias clínicas ni la realización de dictámenes periciales; (ii) que al no versar la consulta sobre un tema académico, sino sobre uno de carácter asistencial, se abstiene de rendir el concepto médico solicitado.

31. La Fundación Universitaria Sánitas afirma (i) que el trasplante hepático es una intervención quirúrgica de alta complejidad desarrollada por un equipo multidisciplinario de especialistas; (ii) que una vez adquirido el entrenamiento no se pierde la habilidad para realizar trasplantes de órganos por no haber ejercido en dicha área por un periodo de más de tres años; (iii) que son factores relevantes para adquirir y mantener la habilidad en mención la preparación educativa, el entrenamiento formal, el respaldo de un equipo multidisciplinario en cirugía hepática, y hacer parte de un hospital del nivel 4; (iv) que en Colombia existe un déficit con respecto al servicio de salud de trasplante de hígado ya que en la ciudad de Bogotá sólo hay dos centros acreditados para hacerlo.

32. La Universidad del Valle, mediante comunicado radicado el 19 de Abril de 2016, informó que no puede dar respuesta a las preguntas formuladas por no contar con la experiencia docente o profesional en esta área de la medicina.

33. Las facultades de medicina de la Universidad Nacional de Colombia (sede Bogotá) y la Universidad del Rosario no allegaron concepto dando respuesta al requerimiento solicitados por la Sala, mediante auto de 9 de marzo de 2016.

II. FUNDAMENTOS

Competencia

34. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 25 de Enero de 2016, expedido por la Sala de Selección de tutela No. 1 de esta Corporación, que decidió someter a revisión la presente acción de tutela.

Problemas jurídicos a resolver

35. De acuerdo con los fundamentos de hechos y el marco jurídico relevante al caso, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión de la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos con miras a establecer si existe una afectación a los derechos fundamentales que el accionante afirma le están siendo vulnerados:

¿Se vulneró el derecho de petición del ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, por parte del

Ministerio de Salud y Protección Social, al no haber resuelto de fondo el recurso de reposición que el accionante interpuso ante dicha entidad el 20 de Octubre de 2014 (número de radicación 201442301732822)?

¿Se vulneró el derecho a elegir libremente profesión u oficio del ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Secretaría Distrital de Salud, por habérsele aplicado los estándares de la Resolución 1441 de 2013 (lo que condujo a exigirle título de especialización en trasplante de órganos), dentro del proceso de habilitación del servicio de cirugía hepática de la Clínica Universitaria Colombia?

Método para la resolución de los problemas jurídicos

36. Para resolver los problemas jurídicos planteados la Sala procederá de la siguiente manera. Primero, presentarán unas consideraciones generales sobre la procedencia de la acción de tutela en materia de derecho de petición y respecto de actos administrativos. Segundo, hará unas precisiones acerca del alcance y contenido del derecho de petición (Artículo 23 de Constitución) y del derecho de escoger libremente profesión u oficio (Artículo 26 de la Constitución), de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación. Tercero, procederá a resolver el caso en concreto, aplicando el análisis de procedencia y determinando si existió una vulneración a los referidos derechos fundamentales que amerite amparo por parte de esta Corporación.

Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos y para proteger el derecho de petición

37. El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela tiene un carácter preferente, sumario y subsidiario. La subsidiariedad de la acción hace referencia a que ésta únicamente resulta procedente como mecanismo principal ante la ausencia de mecanismos ordinarios que sean idóneos y eficaces para el amparo de los derechos fundamentales. No obstante, ante la inminencia de un perjuicio irremediable, la acción puede ser invocada para que opere como un mecanismo transitorio que evite una afectación grave a los derechos fundamentales de las personas, según lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Esta Corte ha expresado lo siguiente:

“Atendiendo al requisito de subsidiariedad, la acción de tutela procederá cuando: (i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo de defensa o (ii) existiendo no sea eficaz y/o (iii) no sea idóneo. Igualmente, (iv) cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable, en tal hipótesis la acción procederá como mecanismo transitorio.”[24]

38. En relación con el derecho de petición ha reiterado que la tutela es el mecanismo idóneo en tanto se trata de un derecho fundamental cuyo núcleo fundamental exige que la respuesta sea oportuna, clara, precisa y de fondo. Al respecto ha afirmado la Corte lo siguiente:

“De igual manera, por tratarse de un derecho con categoría fundamental, es susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela. No obstante, para que el amparo proceda, no basta con afirmar que se elevó una petición, sino que debe haber prueba, siquiera sumaria, de la misma, es decir, que se cuente con algún tipo de herramienta que permita respaldar la afirmación, y por su parte, es la autoridad la que debe demostrar que dio respuesta oportuna, clara y de fondo a la solicitud.

En esa medida, es obligación del juez constitucional analizar los elementos obtenidos para verificar si efectivamente se está en presencia de una vulneración del derecho fundamental de petición. En otras palabras, si no se dio respuesta o si la misma no cumple con los presupuestos legales y jurisprudenciales con los que debe contar.”[25].

39. En relación con los actos administrativos, el ordenamiento jurídico ofrece mecanismos ordinarios para controvertirlos tanto en sede administrativa como en sede judicial. En el primer caso, el ciudadano cuenta con los recursos administrativos, consagrados en los artículos 74 y 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para rebatir la legalidad de actos administrativos definitivos de contenido individual, con miras a que sea la propia administración la que determine, si hay lugar a revocar, modificar o aclarar los actos expedidos en cumplimiento de sus funciones. Una vez agotados dichos procedimientos, el ciudadano tiene la oportunidad de acudir a la vía judicial para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que dirima la controversia.

40. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que de forma excepcional puede resultar procedente la acción de tutela cuando la vulneración a un derecho fundamental

proviene de un acto administrativo de carácter particular cuando sea necesario que el amparo opere como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto ha afirmado esta Corporación:

"la Corte ha considerado que por regla general la acción de tutela no es el mecanismo efectivo sino que la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción contencioso administrativa; sin embargo, ha sido considerada procedente de manera excepcional cuando se den las siguientes condiciones: (i) que no se trate de actos de contenido general, impersonal y abstracto, por expresa prohibición del artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991; y (ii) que el demandante logre probar la existencia de un perjuicio irremediable para obtener el amparo constitucional."[26]

El derecho de petición y su núcleo fundamental

41. El derecho de petición es un derecho fundamental, consagrado en el artículo 23 y 74 de la Constitución Política, que sirve como un vehículo a través del cual los ciudadanos pueden relacionarse con las autoridades públicas o con organizaciones privadas. Su finalidad instrumental, tal y como lo establece el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (sustituido por la Ley 1755 de 2015), es la de permitir a las personas sujetas al poder del Estado, dirigirse a la administración con miras a "solicitar el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, el suministro de información, el requerimiento de copias de documentos, la formulación de consultas, la presentación de quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos".

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido el núcleo esencial de este derecho en los siguientes términos:

"El núcleo esencial de un derecho representa aquellos elementos intangibles que lo identifican y diferencian frente a otro derecho, los cuales no pueden ser intervenidos sin que se afecte la garantía. En el derecho de petición, la Corte ha indicado que su núcleo esencial se circunscribe a: i) la formulación de la petición; ii) la pronta resolución, iii) respuesta de fondo y iv) la notificación al peticionario de la decisión." [27]

42. Así mismo, ha afirmado la Corte Constitucional[28] que este derecho no exige que la

respuesta de la administración tenga un determinado contenido; la administración tiene la potestad de responder a la petición, según su valoración de la situación, sujeto a los parámetros jurídicos que apliquen al caso. El hecho de que la respuesta no sea favorable al peticionario no implica una afectación al ejercicio del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta Política. Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional de la siguiente manera:

"El derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa"[29]

El derecho fundamental a elegir libremente profesión u oficio

43. La imposición de requisitos, barreras o limitaciones para el ejercicio de una profesión u oficio por parte del Estado debe llevarse a cabo de acuerdo con las competencias y los procedimientos prestablecidos en la ley. El artículo 26 de la Constitución faculta expresamente a la ley para requerir títulos de idoneidad, siempre y cuando no se trate de "artes y oficios" en los que la formación académica no sea necesaria y que no impliquen un "riesgo social". Sobre este punto se ha pronunciado la Corte Constitucional en el siguiente sentido:

"El Constituyente de 1991 distingue entre los oficios que no exigen formación académica y los que sí la demandan. El ejercicio de los primeros es libre, a menos que ellos impliquen un riesgo social. Los segundos quedan sujetos a la exigencia legal de títulos de idoneidad los cuales se refieren no tanto al derecho de ejercer la actividad elegida, sino de cumplir con unos requisitos y exigencias por ella impuestos. De esta forma, para poder garantizar la legitimidad de dichos títulos en actividades que comprometen el interés social, se requiere, en ciertos casos, de licencias, matrículas o certificaciones públicas en las cuales se da fe de que el título de idoneidad fue debidamente adquirido en instituciones aptas para expedirlo."[30]

44. Las calidades y titulaciones exigidas por el Estado deben ser razonables y proporcionales al nivel de riesgo y al eventual perjuicio que puede llegar a ocasionarse. En el caso de servicios de salud es la integridad física y la vida del paciente las que están en

riesgo y tratándose de la actividad quirúrgica el nivel de riesgo resulta altamente elevado. Al respecto ha sostenido la Corte Constitucional:

"En efecto, la jurisprudencia constitucional sostiene que el ejercicio de una profesión o de un oficio tiene repercusiones sociales que afectan en grados diversos los intereses de la comunidad. Así, cada caso debe evaluarse de acuerdo con el impacto que dicha actividad genera en la sociedad y los perjuicios que una decisión autónoma podría traer al conglomerado."[31]

"La jurisprudencia constitucional ha señalado que la libertad de configuración política del Legislador para determinar los requisitos para obtener el título profesional debe enmarcarse dentro de las siguientes premisas: (i) regulación legislativa, pues es un asunto sometido a reserva de ley; (ii) necesidad de los requisitos para demostrar la idoneidad profesional, por lo que las exigencias innecesarias son contrarias a la Constitución; (iii) adecuación de las reglas que se imponen para comprobar la preparación técnica; y (iv) las condiciones para ejercer la profesión no pueden favorecer discriminaciones prohibidas por la Carta."[32]

Solución de los casos concretos

Procedencia general de las acciones de tutela

46. Debido a que se examinan dos problemas jurídicos, atinentes a vulneraciones a derechos fundamentales distintos dentro de una misma secuencia de actuaciones de la administración, el análisis de inmediatez y subsidiariedad se hará con relación a cada uno de ellos por separado. Lo anterior, en virtud de que los actos administrativos presuntamente violatorios de los derechos fundamentales, a pesar de estar relacionados, fueron expedidos en distintos momentos y frente a ellos el accionante tomó distintos mecanismos de reacción.

47. Legitimación por activa: El artículo 86 de la Constitución y el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, establece que está legitimada para actuar la persona cuyos derechos fundamentales se encuentren amenazados o vulnerados. En el presente caso, el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, actuando mediante apoderado judicial, se encuentra legitimado en la causa por activa para solicitar el amparo de los derechos fundamentales por ser el titular de éstos.

48. Legitimación por pasiva: El Ministerio de Salud y Protección Social, la Secretaría Distrital de Salud y el Instituto Nacional de Salud son entidades de naturaleza pública, y en virtud de ello, son susceptibles de demanda de tutela, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y los artículos 1 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

49. Inmediatez: Del requisito de inmediatez se desprende una obligación por parte del accionante de no permanecer inactivo ante el hecho que generó la amenaza o efectiva vulneración a sus derechos fundamentales. Esta carga se traduce en el deber de interponer y agotar las respectivas vías jurídicas disponibles para el amparo de los derechos afectados, dentro de un término oportuno y razonable. [33]

50. En el caso en concreto, respecto a la violación al derecho de petición, por la no respuesta al recurso de reposición interpuesto por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo el 20 de Octubre de 2014, se evidencia que la interposición de la acción de tutela satisface el principio de inmediatez. Lo anterior, no sólo en virtud de que la tutela fue interpuesta el 12 de marzo de 2015, no transcurriendo más de seis meses desde la radicación de recurso de reposición, sino también en razón a que, tal y como lo señalan los jueces de instancia, hubo una dilación por parte de la administración en dar respuesta al recurso. La referida respuesta solo fue emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social el 16 de marzo de 2015, esto es, cuatro días después de interpuesta la acción de tutela y 5 meses después de interpuesto el recurso en mención. No obstante, no nos encontramos ante una carencia actual de objeto por hecho superado, ya que tal y como lo señala el Consejo de Estado, en el fallo de segunda instancia, esa respuesta no respeto el núcleo esencial del derecho de petición al no resolver el recurso de reposición de fondo.

51. Respecto al derecho a elegir libremente profesión u oficio, el acto que genera la presunta violación es el Acta General de visita que negó la inscripción del servicio de cirugía hepática a la Clínica Universitaria Colombia, decisión que fue notificada el 16 de Octubre de 2013.[34] La acción de tutela fue interpuesta el 12 de marzo de 2015, esto es, más de 16 meses después del acto administrativo que generó la presunta vulneración.

52. En el expediente obra prueba de que el accionante interpuso una petición el 8 de Abril de 2014, ante el Ministerio de Salud y Protección Social, pidiendo a la administración que le acreditara su idoneidad para realizar trasplantes hepáticos en virtud de que, actuando de

buena fe, adelantó un entrenamiento, por medio de una "estancia formativa" en la Universidad 12 de Octubre de Madrid (España). No obstante, es de notar que los médicos cirujanos no pueden ser autorizados para prestar servicios de cirugía de forma independiente, sino que deben formar parte del personal de talento humano de un prestador de servicios de salud y demostrar en las visitas de verificación para la habilitación, adelantadas por las Entidades Departamentales y Municipales de Salud, que cumplen con los estándares de calidad e idoneidad allí especificados.

53.De acuerdo con esto, se observa que la solicitud no se dirigió a atacar el acto administrativo que presuntamente vulneró el derecho (el Acta General de Visita), sino a requerir de la administración una acreditación de idoneidad que (i) no forma parte del trámite de habilitación, (ii) que debe ser tramitada por el Ministerio de Educación en un trámite de convalidación de estudios (y no por el Ministerio de Salud y Protección Social ante quien se interpuso), y que, por sí sola, (iii) no autoriza la prestación del servicio por parte del médico.

54. Es de notar que la falta de titulación académica en la especialidad de cirugía hepática no fue el único motivo por el que en el Acta General de visita, notificada el 16 de Octubre de 2013, se negó la habilitación a la Clínica Universitaria Colombia. Otros dos doctores, que fueron presentados como responsables de la prestación del servicio de cirugía hepática, tampoco dejaron constancia en la visita de verificación de tener título de especialización, y esto también sirvió como fundamento para que la Secretaría Distrital de Salud negara la habilitación a la Clínica solicitante. De acuerdo con esto, aun si el doctor Oscar Luis Padrón Pardo hubiera logrado la convalidación de sus estancias formativas, existían otros motivos para no autorizar la habilitación, a saber, que otros miembros del personal de talento humano no cumplían al momento de la visita con los requisitos establecidos en la resolución. La pretensión de acreditar la idoneidad del accionante por parte de la administración es individualizable de la pretensión de habilitar el servicio médico de la Clínica Universitaria Colombia.

55. No fue sino hasta el 12 de marzo de 2015 que se activó la tutela, esto es, más de un año después de la notificación del Acta General de visita, acto que generó la presunta vulneración a los derechos fundamentales del accionante. Lo anterior evidencia que el accionante no activó oportunamente los mecanismos idóneos y eficaces para atacar el acto

de la administración, a saber, el Acta General de visita.

56. Subsidiariedad: En el presente caso, respecto a la vulneración al derecho de petición, la acción procede como mecanismo principal en virtud de que el accionante agotó los recursos en sede administrativa al interponer el recurso de reposición contra la repuesta del Ministerio de Salud y Protección Social con radicado No. 201442301732822 del 20 de octubre de 2014.[35]

57. En relación con la vulneración al derecho a escoger libremente profesión u oficio, en virtud de que la vulneración proviene de un acto administrativo, y no existiendo motivos para considerar los mecanismos ordinarios como ineficaces o faltos de idoneidad, la acción no resulta procedente como mecanismo para el amparo de los derechos fundamentales que afirma el accionante le están siendo afectados. Más aún cuando no se satisfizo el requisito de inmediatez al haber incoado la acción más de 16 meses después de haber sido emitido el acto administrativo en cuestión. Lo que conduce a sostener que el accionante hubiere podido demandar la nulidad y restablecimiento del derecho respecto del acto administrativo que negó la habilitación de servicios, mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos e intereses afectados. Por lo tanto, la acción de tutela no resulta procedente tanto por carecer de inmediatez como de subsidiariedad.

Al respecto ha señalado la Corte:

"En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión." [36]

58. A tal punto contaba el accionante con otros medios de defensa judicial para controvertir el acto administrativo que negó la habilitación, que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho habría podido invocar la reserva de ley que existe en materia de títulos académicos de idoneidad. La Resolución 1441 de 2013, con base en la cual se negó la habilitación a la Clínica Universitaria Colombia, ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual declaró su nulidad

parcial. El Consejo de Estado – sección primera- , mediante sentencia del 22 de octubre de 2015, invalidó la expresión "especialista en medicina estética" presente en la resolución demandada ya que el requisito de especialización en esta área médica no tiene un sustento legal. Al respecto afirmo el Consejo de Estado lo siguiente:

"Tanto la jurisprudencia constitucional como la administrativa han reconocido la importancia de la reserva legal de la exigencia de títulos de idoneidad, habida cuenta de los estrechos lazos que unen a estas libertades con el derecho al trabajo, a la igualdad de oportunidades y al libre desarrollo de la personalidad. Así, por ejemplo, como lo ha afirmado recientemente esta Sala de Decisión, a la luz de la regulación constitucional de este asunto y de su comprensión jurisprudencial "no cabe duda que compete al legislador de manera privativa la facultad de exigir títulos de idoneidad". En últimas, "el título legalmente expedido, prueba la formación académica. Y la facultad del legislador para exigirlo no resulta de abstrusos razonamientos, sino del texto inequívoco de la norma constitucional.

(…)

En este orden de ideas, y toda vez que el campo de la medicina estética, a diferencia de lo que sucede en los ramos de anestesiología y radiología, el legislador no ha exigido el título de especialista para desempeñarse en él, no resulta legítimo que el MINISTERIO fije un estándar que impone como única alternativa para su desarrollo la obtención de dicho diploma o de cualquier otro certificado de especialista no exigido por la ley." [37] (Subrayas y negrilla fuera de texto).

59. En esta providencia, el Consejo de Estado ha aclarado los límites competenciales del Ministerio de Salud y Protección Social respecto a la regulación de los estándares que deben regir al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de la Salud de acuerdo con el Decreto 1011 de 2006. Se afirma en la providencia que la titulación académica es sólo uno de los muchos requisitos o estándares de calidad que pueden regir la prestación de un servicio. Si bien el Ministerio no puede exigir titulaciones, en virtud de la reserva legal establecida por la Constitución, sí está facultado para exigir estándares de otra naturaleza con miras a mejorar progresivamente la prestación del servicio.[38] La sentencia sólo se refirió al requisito de especialización respecto a la cirugía estética porque sólo ese apartado fue demandado. Se debe anotar que la ley le ha atribuido al Ministerio de Salud y Protección

Social la facultad de regular la calidad de servicios de salud y de expedir normas administrativas de obligatorio cumplimiento para los prestadores de salud (Ley 100 artículo 173 y Decreto –Ley 4107 de 2011 artículo 2). Dentro de ellas se le faculta a exigirles estándares de capacidad técnica, científica, patrimonial y financiera (Ley 715 de 2001). Igualmente, la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015), en su artículo 5, le atribuye al Estado la obligación de inspeccionar, vigilar y controlar los servicios de salud.

60. Actualmente, únicamente existen dos áreas médicas en las que existe una exigencia de títulos de especialización como precondición para el desempeño profesional con fundamento en la ley, a saber, la anestesiología (Ley 6 de 1991) y la radiología e imágenes diagnósticas (Ley 657 de 2001). En virtud de que la ley no dispone que para ejercer como cirujano hepático se deba obtener un título de especialización en cirugía de órganos, para evitar que la misma situación se repita en el futuro, el accionante cuenta con el mecanismo de la nulidad simple para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que resuelva sobre la validez del requisito de especialización que se le exige para poder ejercer la profesión de cirujano hepático. En todo caso, aún sin ser anulada, las autoridades administrativas competentes deberán declarar la excepción de inconstitucionalidad respecto de esta exigencia no legal de títulos de idoneidad para dar plena vigencia a los derechos y libertades fundamentales.

Teniendo en cuenta que la tutela, respecto al derecho a escoger libremente profesión u oficio, es improcedente en el presente caso, se pronunciará esta Sala de Revisión sólo sobre la violación al derecho fundamental de petición.

Análisis del caso en concreto

El Ministerio de Salud ha vulnerado el derecho de petición del accionante al no haber dado respuesta al recurso de reposición en los términos señalados por el Consejo de Estado en segunda instancia.

61. En el presente caso los jueces de primera y segunda instancia realizaron las siguientes consideraciones respecto a la actuación de la administración frente al derecho de petición instaurado por el señor Oscar Luis Padrón Pardo, radicado el 20 de Octubre de 2014, con número de radicación 201442301732822.

62. El juez de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección "A" -, tuteló el derecho al debido proceso al encontrar dentro del acervo probatorio que la administración emitió una respuesta clara y de fondo, contra la que se interpuso un recurso de reposición al que no se había dado respuesta al momento de proferir el fallo. Respecto de este recurso, si bien es cierto que el Ministerio emitió una respuesta el 16 de marzo de 2015, no obraba prueba de ello dentro del expediente que conoció el juez de primera instancia, debido a que ésta tiene fecha posterior a la presentación de la acción de tutela el 12 de marzo de 2015 y no fue allegada en la contestación.

63. El juez de segunda instancia concluyó que la respuesta que dio el Ministerio de la Salud y Protección Social el 16 de marzo, frente al recurso interpuesto, no resolvió de fondo lo solicitado[39]. A pesar de que esta entidad accionada afirma que la solicitud elevada fue una consulta, cuyos alcances están regulados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado encuentra que "el cuerpo del documento permite evidenciar que allí se abordó el problema de fondo"[40]. Más concretamente, se señala en la providencia que el a quo no conoció la respuesta del 16 de marzo de 2015 que declaró improcedente el recurso de reposición, dado que la misma sólo fue allegada al proceso como un anexo del escrito de impugnación. No obstante, a pesar de que la respuesta aborda el problema planteado, el ad quem encuentra que "no se hace un esfuerzo argumentativo por resolver las inquietudes del recurrente". [41]

64. De acuerdo con lo anterior, respecto al primer problema jurídico, se reitera que el respeto al núcleo esencial del derecho de petición requiere que la administración dé una respuesta de fondo oportuna a las peticiones de los particulares[42]. En el caso bajo examen, el Ministerio de Salud ha vulnerado el derecho fundamental de petición del accionante al haber trasgredido estos dos límites al núcleo esencial del derecho. Primero, la respuesta del 16 de marzo de 2015 resultó extemporánea frente al recurso de reposición interpuesto el 20 de octubre de 2014 por el accionante. Este recurso debe ser resuelto en el término general del derecho de petición establecido en artículo 14 de la Ley 1755 de 2015, esto es, dentro de los 15 días a su recepción. Segundo, tal y como lo afirma el Consejo de Estado en la segunda instancia, la respuesta no contiene una respuesta de fondo que atienda las consideraciones y peticiones del recurrente, a través de una argumentación realizada al respecto. Esto configura una seria afectación al núcleo esencial

del derecho fundamental.

65. Dentro de la actuación en sede de revisión, mediante auto de pruebas y vinculación del 9 de marzo de 2016, se le solicitó al Ministerio de Salud y Protección que allegara la respuesta al referido recurso de reposición que hubiera emitido en cumplimiento del fallo de segunda instancia. A través de escrito radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 16 de marzo de 2016 se anexaron las respuestas dadas por la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria del Ministerio de Salud y Protección Social a las solicitudes del accionante. Dentro de ellas no se encuentra una respuesta al recurso de reposición en los términos ordenados por el fallo de segunda instancia; la única respuesta que obra en el expediente es aquella que el Consejo de Estado encontró insuficiente por no resolver la petición del fondo, a saber, la del 16 de marzo de 2015 con radicado número 201523100398771.

66. No obstante, se debe aclarar, que ha sido un precedente reiterado de esta Corporación[43], que la obligación de dar respuesta a las peticiones ciudadanas no se ve satisfecha por la ocurrencia de un silencio administrativo. La finalidad del silencio administrativo en este caso es la de agotar la sede administrativa habilitando al ciudadano para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa, no la de eximir a la administración de su obligación de dar respuesta a la petición. Lo anterior, resulta acorde con lo establecido en artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

67. Con base en estas consideraciones y con las pruebas que obran en el expediente concluye la Sala que el derecho de petición del accionante ha sido vulnerados al haberse afectado elementos esenciales a su núcleo esencial, de acuerdo con los parámetros de la jurisprudencia de esta Corporación.

Conclusión

68. Por las razones expuestas, ratifica la Sala que la acción de tutela procederá como mecanismo definitivo para la protección del derecho de petición del accionante. Se confirmará parcialmente la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia, del 22 de Octubre de 2015, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta -, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia proferido el 26 de

marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera – Subsección “A”, en lo referente al amparo al derecho de petición ordenando al Ministerio de Salud y Protección Social que en el término de 5 días hábiles dé respuesta al recurso de reposición interpuesto por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo en los términos fijados en la sentencia de segunda instancia y en la presente providencia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia, del 22 de Octubre de 2015, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta - , que a su vez confirmó el fallo primera instancia, proferido el 26 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera – Subsección “A”, en el sentido de amparar el derecho de petición del ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo.

Segundo.- ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que dé respuesta de fondo, dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, al recurso de reposición del 20 de Octubre de 2014, con número de radicación 201442301732822, interpuesto por el ciudadano Oscar Luis Padrón Pardo, atendiendo a las consideraciones señaladas en esta providencia.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folios 56 – 57, cuaderno No. 2.

[2] Folios 58 – 59, cuaderno No. 2.

[3] Resolución 1441 de 2013 "Además de los requisitos de talento humano de servicios quirúrgicos de alta complejidad; cuenta con: para trasplante de riñón cirujano general o urólogo; para hígado, cirujano general, para intestino y multivisceral: cirujano general, para corazón, cirujano cardiovascular; para pulmón, cirujano cardiovascular y/o cirujano de tórax según lo requiera el paciente de acuerdo a su situación de salud.

Todos deberán certificar haber realizado con posterioridad a la finalización de su especialización, especialidad en trasplante del órgano ofertado, a excepción de los cirujanos para trasplante de corazón y pulmón quienes deberán certificar formación en el trasplante ofertado" (Subrayas y negrillas fuera de texto)

[4] Folios 64 – 71 del cuaderno No. 1.

[5] Folios 61- 64, cuaderno No. 2.

[6] Resolución 2003 de 2014 "Además de los requisitos de talento humano de servicios quirúrgicos de alta complejidad; cuenta con: para trasplante de riñón cirujano general o urólogo; para hígado, cirujano general, para intestino y multivisceral: cirujano general, para corazón, cirujano cardiovascular; para pulmón, cirujano cardiovascular y/o cirujano de tórax según lo requiera el paciente de acuerdo a su situación de salud."

Todos deberán certificar haber realizado con posterioridad a la finalización de su especialización, especialidad en trasplante del órgano ofertado, a excepción de los cirujanos para trasplante de corazón y pulmón quienes deberán certificar formación en el trasplante ofertado" (Subrayas y negrillas fuera de texto)

[7] Folio 148 a 153, cuaderno No. 1.

[8] Folios 126 a 131, cuaderno No. 1.

[9] Folios 160 – 173, cuaderno No. 1.

[10] Folios 176 – 182, cuaderno No. 1.

[11] Folios 273 – 283, cuaderno No. 1.

[12] Folios 31 – 33, cuaderno No. 2.

[13] Folios 60 – 77, cuaderno No. 2.

[14] Folios 66 – 69, cuaderno No, 2.

[15] Folios 70 – 73, cuaderno No. 2.

[16] Folios 74 – 77, cuaderno No. 2.

[17] Folios 61 – 64, cuaderno No. 2

[18] Folio 65, cuaderno No. 2.

[19] Folios 37 – 38, cuaderno No. 2.

[21] Folios 43 – 45, cuaderno 2.

[22] Folios 51 – 59, cuaderno No. 2.

[23] Folio 89, cuaderno No. 2.

[24] T 188 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

[25] T – 558 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En el mismo sentido véase: T – 035A de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[26] T – 41 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo). En el mismo sentido véase: T 094 de 2013 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); SU355 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo); T 908

de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[27] C – 951 de 2011 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez). En el mismo sentido véase: T – 121 de 2014 (María Victoria Calle Correa); T – 908 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[28] C – 951 de 2011 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez). En el mismo sentido véase: T-121 de 2014 (María Victoria Calle Correa); T – 908 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[29] T – 146 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[30] T – 106 de 1993, (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

[31] T – 718 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

[32] C – 296 de 2012 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

[33] "Por lo tanto, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que resulte procedente la acción de tutela. Del mismo modo, si se trata de la interposición tardía de la tutela, igualmente es aplicable el principio de inmediatez, según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para el beneficio propio del sujeto de la omisión o la tardanza." T- 332 de 2015 (M.P Alberto Rojas Ríos). En el mismo sentido véase: T – 768 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla); T- 135 de 2015 (Martha Victoria Sáchica Méndez); T- 034 de 2013 (Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[34] Folio 59, cuaderno No. 2.

[35] Folios 86 – 91, cuaderno 1.

[36] T – 094 de 2013 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[37] Consejo de Estado – Sección Primera – Sentencia del 22 de octubre de 2015 (M.P. Guillermo Vargas Ayala).

[38] Consejo de Estado – Sección Primera – Sentencia del 22 de octubre de 2015 (M.P. Guillermo Vargas Ayala). “Con todo, es claro para la Sala que en ejercicio de las facultades regulatorias del SOGCS que le otorga la ley a esta autoridad administrativa ella no puede incursionar en terrenos propios del legislador y terminar exigiendo títulos de idoneidad no requeridos legalmente; lo cual no obsta para que en ejercicio de sus competencias resulte legítimo que en aras de salvaguardar los intereses superiores de los usuarios del sistema de salud y su derecho fundamental a la salud, a la vista de las complejidades que puedan presentar un procedimiento o prestación específicas, exija la acreditación de una determinada competencia profesional por parte de los recursos humanos de una institución prestadora de estos servicios como condición para su habilitación institucional.”

[39] “ En esa medida, para la Sala se trasgreden los derechos fundamentales de petición y al debido proceso del accionante, pues no se resuelve de fondo el recurso de reposición para de esta manera, en caso de ser desfavorable a lo pretendido en sede administrativa, habilite al peticionario para acudir, si lo considera pertinente, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (…).” Folio 282, cuaderno 1.

[40] Folio 282, cuaderno No. 1.

[41] Folio 282, cuaderno No. 1.

[42] T – 350 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Vargas; T 147 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Vargas); T 114 de 2003 (Jaime Córdoba Triviño); T 970 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T 364 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

[43] T-242 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).