

Bogotá, D.C.

08SE201812030000031100

Al responder por favor citar este número de radicado

ASUNTO: Respuesta a radicado 02EE201841060000020343 del 17 de abril de 2018 en el cual se solicita concepto referente a la Seguridad Social Población Indígena.

Respetado Señor,

En respuesta a su solicitud relacionada en el Asunto. Esta oficina se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, *“Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo”*, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Sea lo primero indicar que una de las funciones de esta oficina asesora es resolver de forma general las consultas escritas que los ciudadanos nos formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas labores que rigen en Colombia, ello quiere decir, que no podemos pronunciamos de forma específica a situaciones concretas.

Caso concreto

La Seguridad Social de la población indígena, se regula por lo establecido en los Convenios Internacionales signados por la Organización Internacional del Trabajo, como también por lo normado en la 21 de 1991 *“Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989”*; como también la Ley 691 de 2001 *“Mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia”*,

En efecto, la Ley 21 de 1991, en su artículo primero establece a quiénes se aplica esta norma, que a la letra dice:

“Artículo 1

1- El presente convenio se aplica:

- a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinga de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o por una legislación especial.*
 - b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estables y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.*
- 2- La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*
- 3- La utilización del término “pueblos” en este convenio, no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”*

El artículo 24 *Ibidem*, contempla la obligación de aplicar los regímenes de seguridad social progresivamente a los pueblos indígenas sin discriminación, norma que a la letra dice:

“Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna”

El artículo 25 *ibidem*, establece la obligación del Gobierno en ese sentido, cuando a la letra dice la disposición:

“Artículo 25

- 1. Los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.*
- 2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.*
- 3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.*
- 4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país”.*

Por su parte, la Ley 691 de 2001, en su artículo 2 establece el objeto de la norma, que es proteger la salud de los pueblos indígenas, norma que a la letra dice:

“Artículo 2o. Objeto. La presente ley tiene por objeto proteger de manera efectiva los derechos a la salud de los Pueblos Indígenas, garantizando su integridad cultural de tal manera que se asegure su permanencia social y cultural, según los términos establecidos en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales y las demás leyes relativas a los pueblos indígenas.”

El artículo 5 *Ibidem*, señala lo relativo a la vinculación de la población indígena al Subsistema de Seguridad Social en Salud, norma que a la letra dice:

“Artículo 5o. Vinculación. Los miembros de los Pueblos Indígenas participarán como afiliados al Régimen Subsidiado, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, excepto en los siguientes casos:

- 1. Que esté vinculado mediante contrato de trabajo.*
- 2. Que sea servidor público.*
- 3. Que goce de pensión de jubilación.*

Las tradicionales y legítimas autoridades de cada Pueblo Indígena, elaborarán un censo y lo mantendrán actualizado, para efectos del otorgamiento de los subsidios. Estos censos deberán ser registrados y verificados por el ente territorial municipal donde tengan asentamiento los pueblos indígenas.”

La H. Corte Constitucional en Sentencia C-063/10, Referencia: expediente D-7755, Magistrado Ponente Doctor Humberto Sierra Porto, al respecto de la Seguridad Social de la población indígena manifestó en su providencia:

“AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LA POBLACION INDIGENA DESPLAZADA-Reconocimiento desde el momento de inscripción en el Registro Único de Desplazados

“SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDADES INDIGENAS-Aspectos determinantes de la ley 691 de 2001

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDADES INDIGENAS-Características
Respecto del régimen de protección social en salud previsto para las comunidades indígenas debe destacarse: i. El mismo responde a una concepción plural respecto del servicio de salud, que impone a los operadores jurídicos que lo desarrollen la necesidad de hacer consideraciones respecto del entorno natural, el cuadro de enfermedades, la base alimentaria, los procedimientos de curación tradicionales, los medicamentos para tal efecto utilizados y demás elementos que diferencien a las comunidades indígenas de la sociedad mayoritaria. ii. En esta medida se ha avanzado en la implementación de un sistema de aseguramiento en salud que responda a las condiciones de vida de las comunidades en materias como subsidio a la prestación del servicio, afiliación conjunta de

toda la comunidad, prelación respecto de otros sectores poblacionales, participación de sus autoridades legítimas y tradicionales en la toma de decisiones, etc. iii. El sistema de seguridad social en salud de las poblaciones deberá prever un plan obligatorio de salud adaptado a las necesidades que cada comunidad tenga, atendiendo aspectos propios de la comunidad como son su cuadro epidemiológico, sus procedimientos de curación y los medicamentos que la comunidad emplea”.

En otro de sus apartes, con respecto al Convenio 169 de la OIT, manifestó:

“CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT-Hace parte del bloque de constitucionalidad

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS- Características

Respecto de la Consulta puede decirse: i. Que es fruto del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio. ii) Que la misma resulta ser la concreción de muchos principios esenciales a cualquier orden estatal con pretensiones de avance en el camino de la democracia y, por consiguiente, con pretensiones de ser reconocido como democrático. iii) El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a su través se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas. iv) Tan importante es su significación sustancial, como el procedimiento por el cual se lleve a cabo, ya que al realizarlo se están protegiendo principios constitucionales y derechos fundamentales. v) Su realización resulta obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la comunidad se vea directamente afectada por la disposición normativa, ya sea ésta de naturaleza legal o administrativa. vi) Cuando una comunidad se ve afectada de la misma forma e intensidad que el resto de la población, no se está ante un caso que requiera la realización de consulta previa. vii) La no realización de la consulta afecta principios y derechos fundamentales esenciales en un Estado social y democrático como el colombiano, por lo tanto su omisión tendrá efectos en la aplicación y en la exequibilidad de la respectiva disposición.”

Así las cosas y una vez la persona indígena ingrese a la vida laboral le es aplicable el Artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Artículo 4° de la Ley 797 de 2003 establece lo siguiente:

“Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen”.

“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente”.

Con base a todo lo anterior, es claro que la comunidad indígena se encuentra amparada por el régimen subsidiado de salud, sin embargo al momento que un miembro de este grupo participe de la vida laboral

mediante la suscripción de un contrato de trabajo, estará obligado a realizar aportes al sistema bajo el régimen contributivo.

De otro lado la adquisición de una póliza colectiva para riesgos se convierte en una decisión discrecional del empleador y sería una cobertura adicional que si el empleador tiene a su bien prestar en favor de su o sus trabajadores, lo que en nada desdibuja la obligación que éste tiene de afiliarse y pagar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica