

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Competencia para fijar los criterios de distribución de los recursos del Fosyga en el régimen subsidiado / RÉGIMEN SUBSIDIADO - Competencia del CNSSS para fijar criterios de distribución en población vulnerable / AFILIADOS AL RÉGIMEN SUBSIDIADO - Distribución de recursos del Fosyga por el CNSSS / CNSSS – Conformación; concertación de decisiones / INDÍGENAS - Distribución de recursos del Fosyga

A juicio de la Sala, la anterior normativa otorga al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en su condición de organismo director del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la competencia para adoptar medidas como la cuestionada, esto es, determinar los criterios de distribución de los recursos del FOSYGA para ampliar la cobertura del régimen subsidiado en la población indígena, la cual hace parte de los grupos pobres y vulnerables a los cuales el artículo 172, numeral 6, de la Ley 100 de 1993 ordena se les dé prioridad. En efecto, de conformidad con el artículo 157, literal a), numeral 2 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, esto es, la población más pobre y vulnerable, tales como los campesinos, las madres cabeza de familia, los mayores de 65 años, los discapacitados, las comunidades indígenas, entre otros. Adicionalmente, esta Corporación considera que la distribución de los recursos para la cofinanciación de la ampliación de la cobertura en el régimen subsidiado de salud radicada en cabeza del CNSSS es, en últimas, el resultado de una concertación que se lleva a cabo al interior del CNSSS, si se tiene en cuenta que el mismo está conformado por los Ministros de Salud, Protección Social y Hacienda, por sendos representantes de las entidades departamentales y municipales de salud, por dos representantes de los empleados, dos representantes de los trabajadores, por el representante legal del ISS, por un representante de las EPS diferentes al ISS, por un representante de las IPS, por un representante de los profesionales de la salud (de la asociación mayoritaria) y por un representante de las asociaciones de usuarios de servicios de salud del sector rural.

DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS DEL FOSYGA - No requiere de la consulta a comunidades indígenas / INDÍGENAS - El requisito de la consulta es obligatorio en decisiones sobre explotación de recursos naturales no en relación con recursos del Fosyga

Resta entonces a la Sala analizar la presunta violación de los artículos 6º, 24 y 25 del Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, aprobado mediante la Ley 21 de 1991, los cuales establecen: (...). Sobre la consulta previa que debe surtirse ante las comunidades indígenas para adoptar medidas administrativas o legislativas que las afecten, la Corte Constitucional, en sentencia C-169 de 2001, claramente dejó sentado lo siguiente: Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: ‘La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país’. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: (...). De acuerdo con lo anterior, en cuanto ni la Constitución ni la Ley han sometido a la consulta de las comunidades indígenas materia alguna

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

diferente a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas (artículo 330 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 76 de la Ley 99 de 1993) esta corporación concluye que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo en estudio, como quiera que la norma acusada versa sobre el porcentaje de los recursos que tanto los resguardos indígenas como el FOSYGA deben asignar para la ampliación de la cobertura de la población indígena en el régimen subsidiado, aspecto no sometido a consulta, se reitera, ni por la Constitución ni la ley, requisito necesario para su procedencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00260-01

Actor: EDGAR PARDO RODRÍGUEZ.

Demandado: MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL

El ciudadano **EDGAR PARDO RODRÍGUEZ**, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del artículo 1º, numeral 6, del Acuerdo 262 de 5 de marzo de 2004, “**Por el cual se fijan los criterios de distribución de los recursos del Fosyga para ampliación de cobertura del régimen subsidiado y se dictan otras disposiciones**”, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

I- FUNDAMENTOS DE DERECHO

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

En apoyo de sus pretensiones el actor señaló como violados los artículos 6º, 7º, 8º, 70, 121 y 122 de la Constitución Política; 172 de la Ley 100 de 1993; y 82 y 83 de la Ley 715 de 2001; y 6º, 24 y 25 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, y adujo, en síntesis, los siguientes cargos:

1º: Señala que la Constitución Política en sus artículos 7º, 8º y 70 reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, dispone que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, establece que la diversidad cultural es el fundamento de la nacionalidad y reconoce la igualdad y dignidad de todas las personas que conviven en el país.

Anota que en Colombia habitan 83 pueblos con diferentes culturas, lenguas y gobiernos propios que representan más del 4% del total de la población colombiana y que poseen cerca del 30% del territorio colombiano.

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991, señala la obligatoriedad de consultar y concertar con los pueblos indígenas cualquier medida que tome el Ejecutivo y que los llegase a afectar o involucrar; para tal efecto y en concertación con diferentes representantes de organizaciones indígenas, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 1397 de 1996.

El artículo 1º, numeral 6 del Acuerdo 262 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud viola el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991, por cuanto omitió su obligación de consultar a los pueblos interesados

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

mediante procedimientos apropiados, y en particular por conducto de sus instituciones representativas, la adopción de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, así como la de establecer los medios a través de los cuales los pueblos indígenas pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida y a todos los niveles que otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones efectivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen, así como la de establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de estos pueblos y, en los casos apropiados, proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Agrega que las consultas llevadas a cabo en aplicación del Convenio deben efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Considera que la norma demandada también pone en entredicho el artículo 24 del citado Convenio, el cual señala que los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna, al igual que el artículo 25, ibídem, que dispone que se deberá velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o se les proporcionen 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.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

Menciona que los servicios de salud deberán, en la medida de lo posible, organizarse a nivel comunitario; 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.

El sistema de asistencia sanitaria deberá dar preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

Señala que la norma acusada es ilegal, por cuanto la Constitución y la ley asignan de manera estricta y taxativa las competencias de cada uno de los órganos de la Administración pública. El principio de legalidad está consagrado en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política y constituye un principio fundamental del Estado Social de Derecho, razón por la cual el vicio de incompetencia consiste en la materialización de cualquiera de los mecanismos de manifestación de la Administración sin la observancia de las reglas estrictas de competencia contenidas en las normas superiores, lo que conduce a que el acto administrativo dictado sin competencia se encuentre viciado de nulidad.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

Señala que al CNSSS, creado por disposición del artículo 171 de la Ley 100 de 1993 como un organismo adscrito al Ministerio de Salud (hoy de Protección Social), en ninguna de las funciones taxativamente establecidas en el artículo 172 de la citada Ley se le atribuye la de reglamentar el uso y destino de los recursos del Sistema General de Participaciones de que trata la Ley Orgánica 715 de 2001, que derogó en su totalidad la Ley 60 de 1993, reglamentarias una y otra de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política.

Sostiene que el CNSSS no tiene la potestad legal para señalar como porcentaje de asignación forzosa el 33.5% de los recursos de los que son acreedores los resguardos indígenas, conforme lo señalan los artículos 82 y 83 de la Ley 715 de 2001 para cofinanciar los recursos en la ampliación de cobertura del régimen subsidiado, y considera que tal porcentaje debe ser el resultado de un proceso de concertación entre el Ejecutivo (Presidencia y Ministerios del Interior y de Hacienda) y las comunidades indígenas.

Agrega que el acto acusado tampoco tiene competencia para dejar al libre albedrío de los municipios y departamentos la asignación de lo que a bien tengan para cofinanciar la ampliación de la cobertura en el régimen subsidiado, si es que aquellos pueden disponer de recursos.

Adicionalmente, considera que es evidente que no existieron criterios de igualdad en el tratamiento que el CNSSS le dio a los resguardos indígenas y a los otros entes territoriales y que a las comunidades indígenas se les ha subestimado e ignorado al momento de involucrarlas en lo referente a las decisiones con las que se van a ver

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ .

afectadas, omitiendo normas de carácter superior, como lo son los artículos 7º y 330 de la Constitución Política y normas de carácter supracional, como lo es el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991.

Concluye que el mencionado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, tiene prevalencia sobre la norma demandada, pese a lo cual el CNSSS hizo caso omiso de la consulta obligada a las comunidades indígenas sobre la conveniencia o no de asignar un determinado porcentaje para cofinanciar la ampliación del régimen subsidiado con los recursos que reciben anualmente los resguardos indígenas por concepto del Sistema General de Participaciones de que trata la Ley 715 de 2001, y abusó del poder al reglamentar la Ley en cita mediante la norma demandada, no obstante que la Ley 100 de 1993 no le otorga competencia alguna para hacerlo.

II-. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1-. CONTESTACION DE LA DEMANDA

1.- LA NACIÓN –MINISTERIO DE HACIENDA-, por conducto de apoderada contestó la demanda y para defender la legalidad de la norma acusada señaló que el artículo 6º, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de la OIT se refiere a

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos interesados, de manera tal que debe observarse la naturaleza y fines del Acuerdo contentivo de la norma acusada para determinar si ésta puede afectar o no en forma directa a los pueblos indígenas.

En materia de seguridad social el objeto de la regulación es asegurar la prestación del servicio al universo de habitantes de manera permanente, solidaria y eficiente.

Anota que la ampliación de la cobertura en el régimen subsidiado se debe realizar teniendo en cuenta, entre otros, criterios de sostenibilidad, pues debe garantizarse que con los recursos de que se dispone y se dispondrá podrá mantenerse la continuidad de la cobertura de las personas que ya vienen recibiendo los subsidios, más la de las personas que queden cubiertas por la ampliación que se realice (artículo 48 de la Constitución Política).

En tal sentido, las normas que regulan el régimen subsidiado, entre otras las contenidas en el Acuerdo 262, tienen como función la protección de los afiliados y afiliados potenciales, por lo cual el Estado, como garante de su seguridad social, realiza los esfuerzos fiscales y administrativos necesarios.

Se refiere a que es en este escenario que se debe entender que el artículo 212 de la Ley 100 de 1993 señaló que corresponde al CNSSS determinar la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado y la selección de beneficiarios de los subsidios, y que en armonía con lo anterior el artículo 172, ibídem dispone

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

que el CNSSS debe intervenir expidiendo las medidas necesarias para establecer los criterios de selección de beneficiarios del régimen subsidiado.

Agrega que las normas mencionadas son claras en otorgar al CNSSS la competencia para determinar los criterios de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables, pero también atendiendo criterios de eficiencia y racionalidad en la asignación de los recursos. Es, entonces, una facultad natural del CNSSS definir los criterios, la cual fue ejercida en debida forma mediante la norma acusada.

Considera que en la determinación del monto de recursos a asignar y porcentajes de cofinanciación a definir se deben considerar aspectos técnicos, financieros, fiscales y de equidad de acuerdo con la capacidad económica de los municipios y el nivel de cobertura de la población pobre logrado, para así apalancar el mayor número de recursos para la salud y cofinanciar las poblaciones especiales, como es el caso de los indígenas.

Agrega que pretender que el CNSSS tenga que hacer consultas adicionales por fuera de los miembros donde están representadas las distintas instancias, vr. gr. los municipios, los departamentos, los indígenas, etc., significa llevar a un escenario parcializado una parte del problema, lo cual no tiene asidero, pues cuando los distintos miembros del CNSSS toman las decisiones han tenido en cuenta no sólo los intereses del grupo que representan sino también los que surgen desde la perspectiva general, es decir, en el marco de la Constitución Política.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

Aduce que la norma acusada se enmarca dentro de la perspectiva general mencionada, sin desconocer que se trata de un grupo especial, pues revisado el Acuerdo en su integridad y el numeral 8 de su artículo 1º, se observa que el porcentaje que se asigna a los municipios más pobres y con menor cobertura alcanza el 60%, y que a la población indígena se le está cofinanciando el 66.5% de los recursos, porcentajes estos que al analizar toda la población en su conjunto permitieron que la decisión del Consejo garantizara la sostenibilidad, no sólo de la población ya cubierta, sino de la que resulta de la ampliación aprobada.

Pone de presente que un representante de los indígenas participó en la decisión acusada, sin embargo de lo cual el Convenio 169 de la OIT es claro al señalar que lo que debe consultarse a los indígenas es lo que los afecta directamente y no las normas de carácter general, como es el caso de la demandada.

En materia de seguridad social el artículo 24 del Convenio 169 de la OIT prevé que *“Los regímenes de seguridad social deberán extenderse a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna”*, de manera tal que no se requiere la consulta prevista para la aplicación de esta disposición, a la que se refiere el artículo 6º, ibídem, por tratarse en estricto sentido de la prestación del servicio público de seguridad social en salud y por cuanto el Acuerdo 262 regula criterios de selección de beneficiarios del régimen subsidiado y no las condiciones y/o requisitos para la afiliación de la población beneficiaria del mismo.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

La participación de la comunidad no se ve afectada por la norma demandada, en cuanto no limita la iniciativa que puede tomar la comunidad indígena en relación con la administración de los recursos del régimen subsidiado; cuestión diferente es la de la definición del monto de los recursos a destinar para el aseguramiento de la población pobre y vulnerable, dentro de la cual se encuentran los pueblos indígenas, así como la de los recursos que se entregan para su administración, los cuales en manera alguna deben ser objeto de concertación adicional a la que se da al interior del Consejo, en cuanto ésta debe obedecer a criterios de sostenibilidad del régimen subsidiado y de universalidad de la afiliación.

De otra parte, sostiene que el CNSSS no ha modificado ni reglamentado los recursos del Sistema General de Participaciones establecidos por la Ley 715 de 2001, pues en el Acuerdo 262 de 2004 señaló criterios para la selección de beneficiarios del régimen subsidiado tendientes a lograr la ampliación de la cobertura respecto de algunos grupos de población sujetos de especial protección y con miras a impulsar mecanismos que garanticen su derecho a la seguridad social en salud, grupos dentro de los cuales se encuentra la población indígena.

En el aparte acusado el CNSSS dispuso que para efectos de acceder a los recursos del FOSYGA que allí se asignan el resguardo debería aportar el equivalente al 33.5% del costo de la ampliación con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y dejó en claro que el FOSYGA asume la financiación del 66.5% del costo de la ampliación en el evento de que las comunidades indígenas opten por determinar que concurren con el porcentaje restante.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

En consecuencia, el CNSSS en aparte alguno de la disposición acusada cambió la destinación de recursos del Sistema General de Participaciones ordenada en la Ley 715 de 2001, ni estableció obligaciones inconsultas en cabeza de las comunidades indígenas; por el contrario, se limitó a fijar criterios para seleccionar beneficiarios de recursos del régimen subsidiado, teniendo en cuenta las posibilidades financieras del FOSYGA; y dejó a la discrecionalidad de los resguardos indígenas hacer uso de los recursos concurriendo con el porcentaje señalado en el Acuerdo o, por el contrario, determinando no hacer uso de los recursos enunciados y, por tanto, no accediendo a la posibilidad de cofinanciar con el FOSYGA en ese porcentaje.

2.- LA NACIÓN -MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-, al contestar la demanda sostiene que el Acuerdo lo expidió el CNSSS en ejercicio de la facultad legal en virtud de la cual le compete definir los criterios de distribución de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía para ampliar la cobertura del régimen subsidiado, facultad contenida en los artículos 172, numeral 6, 212 de la Ley 100 de 1993 y 50 de la Ley 715 de 2001; teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 812 de 2003; con observancia de los parámetros establecidos en el Acuerdo 244 de 2003, acto mediante el cual el CNSSS como supremo ente rector del SGSSS definió la forma y las condiciones de operación del régimen subsidiado dentro de dicho Sistema, en el cual claramente se encuentra establecido como criterio de prioridad la población indígena; y respetando lo preceptuado en la Ley 691 de 2001.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

Anota que no es cierto que la disposición acusada viole el artículo 6º, numera 1, literal a) del Convenio de la OIT “*Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”, el cual exige el mecanismo de la consulta cuando se adoptan medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

Dice que es claro que el Acuerdo 262 de 2004 fue expedido con el fin de fijar los criterios de distribución de los recursos del FOSYGA para la ampliación de la cobertura del régimen subsidiado y que dentro de tales criterios fue fijado, entre otros, el de la prioridad, que debe observarse en la distribución de los recursos de cofinanciación del FOSYGA, de manera que además de todos los otros grupos o poblaciones pobres y vulnerables se incluyan los indígenas.

El anterior criterio resulta acorde con el artículo 83 de la Ley 715 de 2001, que dispone que los recursos de la participación asignados a los resguardos indígenas deberán destinarse prioritariamente a satisfacer las necesidades básicas de salud, incluyendo la afiliación al régimen subsidiado, y que siempre que la Nación realice inversiones en beneficio de la población indígena de dichos resguardos las autoridades indígenas dispondrán parte de estos recursos para cofinanciar tales proyectos, así como con el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT, en virtud del cual sus disposiciones no deberán menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales, pues lo que la norma demandada establece es un beneficio a favor de la población indígena, materializando de esta manera su derecho a la seguridad social, como lo dispone el artículo 24 del Convenio 169

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

de la OIT, junto con el de otro grupo de poblaciones pobres y vulnerables, previéndose en forma complementaria que para garantizar la cofinanciación a cargo del resguardo indígena el municipio o departamento respectivo efectúe aportes con cargo a recursos de esfuerzo propio para la ampliación de la cobertura.

Señala que la disposición acusada no afecta la participación de las comunidades indígenas, en cuanto no limita su iniciativa para organizarse con el objeto de prestar los servicios ni administrar los recursos del régimen subsidiado; cuestión distinta es que para los objetivos previstos los respectivos resguardos deben concurrir o efectuar el aporte correspondiente con cargo al Sistema General de Participaciones (artículo 83 de la Ley 715 de 2001), condición ésta que resulta perfectamente compatible con los mandatos constitucionales y legales en virtud de los cuales la participación de los particulares y diferentes actores e integrantes del SGSSS en la prestación del servicio público de salud debe realizarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo, señala que el problema jurídico a resolver es si el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud está facultado para reglamentar el uso y destino de los recursos del Régimen de Participaciones

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

para la ampliación de la cobertura del régimen subsidiado, y si el Gobierno Nacional estaba obligado a consultar a los pueblos indígenas esta decisión.

Después de transcribir los artículos 172 y 212 de la Ley 100 de 1993; 1º, 50, 82, 83 y 84 de la Ley 715 de 2001, considera que dentro de este contexto normativo el CNSSS es competente para determinar los criterios de selección de beneficiarios del régimen subsidiado con prioridad para los grupos pobres y vulnerables, con razones de eficiencia y racionalidad en la asignación de los recursos, sobre la base de la capacidad económica de los municipios, teniendo en cuenta que en él tienen representación todos los sectores de la población y que en representación del sector rural se seleccionó a la representante de la Asociación de Cabildos Indígenas, quien participó en la discusión del Acuerdo 262 de 2004, según consta en el acta de sesión 147 del CNSSS.

Menciona que el Acuerdo 262 de 2004 es un acto administrativo de carácter general, expedido por el CNSSS para fijar los criterios de distribución de los recursos del FOSYGA para la ampliación de la cobertura del régimen subsidiado de conformidad con lo dispuesto por los artículos 212 de la Ley 100 de 1993 y 50 de la Ley 715 de 2001, según los cuales los recursos de participación asignados a los resguardos indígenas deberán destinarse prioritariamente a satisfacer las necesidades básicas de salud, incluyendo la afiliación al régimen subsidiado de salud.

Que dentro del anterior contexto normativo compete a los resguardos indígenas hacer los aportes correspondientes con cargo al Sistema General de

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

Participaciones, sin necesidad de consulta previa alguna, puesto que se trata simplemente de acatar las disposiciones que sobre el Sistema General de Participaciones y Sistema General de Seguridad Social en Salud se establecieron para dar cobertura a los miembros de las comunidades indígenas como grupos vulnerables, con miras a ampliar la cobertura y garantizar la vinculación de todos sus miembros al régimen subsidiado de salud, cuya dirección, coordinación y control se encuentra en cabeza del Estado y, particularmente, del CNSSS como director del SGSSS.

Considera que por tratarse el Acuerdo acusado de un acto de contenido general y sujeto a expresas disposiciones legales no se requería de la consulta previa a las comunidades indígenas, pues ella sólo está prevista para los casos expresamente señalados en el Convenio 169 de la OIT y para los efectos allí previstos, esto es, para los casos en que tales decisiones afecten directamente a las comunidades indígenas, lo que no ocurre en el caso sub examine, puesto que la decisión adoptada es precisamente para dar cobertura en salud a todos sus miembros.

Transcribe sendos apartes correspondientes a una sentencia de esta Corporación¹ y a otra de la Corte Constitucional², y concluye que dentro de los criterios jurisprudenciales en aquellas señalados no es viable considerar que para efectos de adoptar la decisión acusada se requería de la consulta previa a las comunidades indígenas, ya que no está contemplada dentro de los supuestos del Convenio 169 de la OIT.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹Sección Primera, sentencia de 14 de febrero del 2002, exp. núm. 6487, actora, Empresa Solidaria de Salud del CRIT E.S.S.-ASOCRIT, Consejero Ponente, Dr. Manuel S. Urueta Ayola.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

El Acuerdo 262 de 2004, *“Por el cual se fijan los criterios de distribución de los recursos del FOSYGA para ampliación de cobertura del régimen subsidiado y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en su artículo 1º, numeral 6), precepto demandado, previó:

“Artículo 1º.- *Criterios de distribución de los recursos del FOSYGA para la ampliación de cobertura del régimen subsidiado:*

“1. ...

“6. *Ampliar la cobertura de la población indígena en el régimen subsidiado. Se asignarán a los municipios con población indígena recursos del FOSYGA equivalentes al 66.5% del costo de la ampliación de la cobertura, con base en los listados censales de la población residente en los resguardos indígenas, disponibles a la fecha del presente acuerdo en el Ministerio del Interior y de Justicia. Para acceder a estos recursos el resguardo deberá aportar el equivalente al 33.5% con cargo al Sistema General de Participaciones. Para garantizar la cofinanciación a cargo del resguardo indígena, el municipio respectivo y/o el departamento podrán aportar recursos de esfuerzo propio”.*

Dicho Acuerdo fue expedido con fundamento en las facultades otorgadas al CNSSS en los artículos 172, numeral 6, y 212 de la Ley 100 de 1993 y 50 de la Ley 715 de 2001, los cuales preceptúan:

LEY 100 DE 1993:

“Artículo 172. *Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:*

“1.

“6. *Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida*

² Sentencia C-169 de 14 de febrero de 2001, Magistrado Ponente, Dr. Carlos Gaviria Díaz.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

prioridad a los grupos pobres y vulnerables y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993”.

“Artículo 212. Creación del régimen. Créase el régimen subsidiado que tendrá como propósito financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar.

“La forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Este régimen de subsidios será complementario del sistema de salud definido por la Ley 10 de 1990” (negritas fuera del texto).

LEY 715 DE 2001

*“Artículo 50. Recursos complementarios para el financiamiento de los subsidios a la demanda. Los recursos de cofinanciación de la Nación destinados a la atención en salud de la población pobre mediante subsidios a la demanda, deberán distribuirse entre los entes territoriales de acuerdo a las necesidades de cofinanciación de la afiliación alcanzada en la vigencia anterior, una vez descontados los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud y los recursos propios destinados a financiar la continuidad de cobertura. **El monto excedente deberá distribuirse para el financiamiento de la ampliación de cobertura entre los entes territoriales, de acuerdo a los criterios que establezca el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud** (el resaltado no es del texto).*

“Los recursos distribuidos por concepto de ampliación de cobertura para cada ente territorial, no podrán exceder los montos necesarios para alcanzar la cobertura total de la población por atender en dicho territorio, hasta que el total nacional se haya alcanzado.

“Anualmente, la Nación establecerá la meta de ampliación de cobertura nacional para la vigencia siguiente, la cual deberá reflejarse en la apropiación de recursos presentada en el proyecto de Ley de Presupuesto”.

Para el actor, la fijación del porcentaje del 33.5% que de sus recursos deben aportar los resguardos indígenas para cofinanciar la ampliación de la cobertura en el régimen subsidiado no es competencia del CNSSS, pues considera que ello debe ser objeto de un proceso de concertación entre el Ejecutivo y las comunidades indígenas.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

A juicio de la Sala, la anterior normativa otorga al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en su condición de organismo director del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la competencia para adoptar medidas como la cuestionada, esto es, determinar los criterios de distribución de los recursos del FOSYGA para ampliar la cobertura del régimen subsidiado en la población indígena, la cual hace parte de los grupos pobres y vulnerables a los cuales el artículo 172, numeral 6, de la Ley 100 de 1993 ordena se les dé prioridad.

En efecto, de conformidad con el artículo 157, literal a), numeral 2 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, esto es, la población más pobre y vulnerable, tales como los campesinos, las madres cabeza de familia, los mayores de 65 años, los discapacitados, las comunidades indígenas, entre otros.

Adicionalmente, esta Corporación considera que la distribución de los recursos para la cofinanciación de la ampliación de la cobertura en el régimen subsidiado de salud radicada en cabeza del CNSSS es, en últimas, el resultado de una concertación que se lleva a cabo al interior del CNSSS, si se tiene en cuenta que el mismo está conformado por los Ministros de Salud, Protección Social y Hacienda, por sendos representantes de las entidades departamentales y municipales de salud, por dos representantes de los empleados, dos representantes de los trabajadores, por el representante legal del ISS, por un representante de las EPS diferentes al ISS, por un representante de las IPS, por un representante de los profesionales de la salud (de la asociación mayoritaria) y

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

por un representante de las asociaciones de usuarios de servicios de salud del sector rural.

Resta entonces a la Sala analizar la presunta violación de los artículos 6º, 24 y 25 del Convenio 169 de la OIT “*Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, aprobado mediante la Ley 21 de 1991, los cuales establecen:

“Artículo 6º.

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

“a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

“b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

“c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

“2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

“Artículo 24. *Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna”.*

“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

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

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, manteniendo 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”.

Sobre la consulta previa que debe surtirse ante las comunidades indígenas para adoptar medidas administrativas o legislativas que las afecten, la Corte Constitucional, en sentencia C-169 de 2001, claramente dejó sentado lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, ‘mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente’. Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades ‘el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente’.

“De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: ‘La naturaleza

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país'. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969³, según la cual 'un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (subraya fuera del texto)'.

"Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias.

"La Constitución solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el párrafo del artículo 330, a saber:

'La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades'.

"Con base en esta disposición, la Corte, en la sentencia SU-039 de 1.997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), determinó que 'la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad (...) que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (subraya fuera del texto)'. En otras palabras, los pueblos indígenas tienen un derecho fundamental a ser consultados en estos casos particulares, no sólo por ser la consulta una manifestación de su derecho fundamental -individual y colectivo- a la participación, sino por constituir el medio a través del cual se protegerá, en esos

³ Aprobada mediante Ley 67 de 1993.

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

casos, su integridad física y cultural; en tal sentido específico, esta Corporación afirmó, en la misma oportunidad, que el Convenio 169 de la O.I.T. conforma, junto con el artículo 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta. Pero por lo demás, no existe disposición constitucional alguna que se refiera a la consulta previa en casos diferentes al mencionado; vale decir, la Constitución guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas”.

De acuerdo con lo anterior, en cuanto ni la Constitución ni la Ley han sometido a la consulta de las comunidades indígenas materia alguna diferente a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas (artículo 330 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 76 de la Ley 99 de 1993) esta corporación concluye que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo en estudio, como quiera que la norma acusada versa sobre el porcentaje de los recursos que tanto los resguardos indígenas como el FOSYGA deben asignar para la ampliación de la cobertura de la población indígena en el

régimen subsidiado, aspecto no sometido a consulta, se reitera, ni por la Constitución ni la ley, requisito necesario para su procedencia.

Al no haber logrado el demandante desvirtuar la presunción de legalidad del Acuerdo 262 de 2004, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, serán denegadas las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

REF: Expediente núm. 00260. ACTOR: EDGAR PARDO RODRIGUEZ.

F A L L A :

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de julio de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN