



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 137-IP-2014

Interpretación prejudicial de los artículos 8 y 9 y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina, solicitada por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín de la República de Colombia.

Actor: José Rodrigo Castaño Uribe.

Asunto: “Seguridad Social-Solicitud de Pensión”.

Expediente Interno 2013-1714.

Magistrada ponente: Doctora Cecilia L. Ayllón Q.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los veinticuatro días del mes de marzo del año dos mil quince.

VISTOS:

El 8 de septiembre de 2014, se recibió en este Tribunal, la solicitud de interpretación prejudicial y sus anexos, remitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, relativa a los artículos 8, 9 y Disposición Transitoria Primera de la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina, dentro del proceso interno 2013-1714.

El Auto de 23 de septiembre de 2014, por medio del cual este Tribunal decidió: “Solicitar al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, que en el término de 15 días contado a partir de la notificación del presente auto, remita a este Tribunal un informe completo de los hechos y copia de las actuaciones procesales que se han surtido hasta la fecha en el proceso interno. Hacerlo también vía correo electrónico (...)”.

El 8 de octubre de 2014, vía correo electrónico, se recibieron en el Tribunal copia de la demanda, copia del auto admisorio de la demanda, copia de la contestación a la demanda y copia del Acta de la Audiencia obligatoria de conciliación.

El Auto de 20 de febrero de 2015, mediante el cual este Tribunal decidió admitir a trámite la referida solicitud de interpretación prejudicial por cumplir

con los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal y con los requisitos contemplados en el artículo 125 del Estatuto; y,

Los hechos señalados por el consultante, complementados con los documentos incluidos en anexos.

A. ANTECEDENTES.

El Tribunal, con fundamento en la documentación allegada estimó procedente destacar como antecedentes del proceso interno que dio lugar a la presente solicitud, lo siguiente:

Partes en el proceso interno.

Demandante : José Rodrigo Castaño Uribe.

Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”

Hechos.

1. El 31 de marzo de 2010, el señor José Rodrigo Castaño Uribe presentó solicitud de prestación económica dirigida a obtener una pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
2. Por Resolución 017354, de 5 de julio de 2011, expedida por el Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia, se denegó el pedido del accionante, y se resolvió no conceder la pensión de vejez solicitada, por considerar que el asegurado no cumplía con los requisitos para acceder a una pensión bajo el régimen de transición, al no contar con un mínimo de 15 años de cotizaciones anteriores al 1 de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, y determinó que tampoco reunía los requisitos para acceder a una pensión bajo el régimen general al no contar con un mínimo de 1000 semanas de cotizaciones, conforme lo requerido por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ya que la administración sólo le reconoció un total de 792 semanas de cotizaciones.
3. El accionante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución 017354, señalando que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 945,86 semanas equivalentes a 18.39 años de cotización, indicando que la administración no había tenido en consideración las 431 semanas cotizadas a través del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, señalando que resulta de aplicación al caso la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina, por lo que solicitó se tomaran en cuenta dichas cotizaciones en la totalización de los periodos aportados, en virtud de lo establecido por los artículos 8 y 9, así como de las disposiciones transitorias de la referida Decisión.

4. Mediante Resolución 032497, de 25 de noviembre de 2011, el Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia, determinó que el asegurado no acredita un mínimo de 15 años de aportes antes del 1 de abril de 1994, equivalentes a 771,42 semanas, por lo que le negó pensión dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, determinó que el asegurado acreditaba un total de 1305 semanas de cotizaciones, por lo que repuso la Resolución 017354 de 5 de julio de 2011, concediendo al accionante una prestación económica de vejez, por una cuantía mensual de \$ 3.763.612,00 pesos para el año 2011, y dejó en reserva el pago de dicha pensión hasta que se acreditara la aceptación de la renuncia del asegurado a su centro de labores. No emite pronunciamiento respecto de las cotizaciones realizadas en la República Bolivariana de Venezuela.
5. En subsidio de apelación, el Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia, resolvió la impugnación, expidiendo la Resolución 021258, de 19 de julio de 2012, y confirmó la Resolución 032497 que resolvió el recurso de reposición, concediendo pensión de vejez a favor del accionante, y levantó la reserva dispuesta, al haberse acreditado la renuncia al centro de labores, disponiendo el pago de devengados desde el 16 de junio de 2011 hasta el 31 de julio de 2012.
6. José Rodrigo Castaño Uribe interpuso demanda en proceso ordinario de primera instancia contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a efecto de que se declare el derecho del accionante de ser reconocido como beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solicitando para ello el reconocimiento de las 431 semanas cotizadas a través del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, comprendidas entre agosto de 1975 a 1987, al amparo de la Decisión 583 del 7 de mayo de 2004, por cuanto en dicha fecha Venezuela aún formaba parte de la Comunidad Andina.
7. El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín – Colombia, mediante Auto de fecha 1 de septiembre de 2014, dispuso oficiar a este alto tribunal a fin de solicitar interpretación prejudicial.

Fundamentos jurídicos de la demanda.

El señor **JOSÉ RODRIGO CASTAÑO URIBE** presenta demanda bajo los siguientes argumentos:

8. Tiene derecho a ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto reúne los requisitos de edad y semanas de cotización exigidas por Ley.
9. No es cierto que al 1 de abril de 1994 haya acreditado las cotizaciones necesarias para acceder al régimen de transición de pensiones, por cuanto a dicha fecha contaba con un total de 945,86 semanas equivalentes a 18,39

años cotizados, lo que supera el número de cotizaciones exigido por Ley para acceder al referido régimen pensionario.

10. COLPENSIONES no tuvo en cuenta las 431 semanas cotizadas a través del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales; realizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo aplicable al caso concreto la Decisión 583 – Instrumento Andino de Seguridad Social-.
11. Solicita la aplicación de los artículos 8, 9, y de las Disposiciones Transitorias de la Decisión 583, a efecto de garantizar el reconocimiento de las cotizaciones realizadas como migrante laboral dentro de un país perteneciente a la Comunidad Andina.

Contestación a la demanda.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, en su escrito de contestación a la demanda, manifestó:

12. El accionante no cuenta con 15 años de servicios cotizados hasta el 1 de abril de 1994.
13. COLPENSIONES ha tenido en cuenta todas las semanas efectivamente cotizadas.
14. Se opone a que se le reconozca al demandante el otorgamiento de una pensión de vejez de acuerdo con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a reajustar de esa forma la pensión ya otorgada.

B. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.

15. Que, los artículos 8, 9 y la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina cuya interpretación ha sido solicitada, forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, conforme lo dispone el literal c) del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
16. Que, este Tribunal es competente para interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros;
17. Que, el Tribunal interpretará los siguientes artículos:

Solicitados: 8, 9 y Disposición Transitoria Primera de la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina¹.

¹ **“TÍTULO VI**
Totalización de períodos de seguro
Artículo 8.- Los períodos de seguro cotizados por el migrante laboral en un País Miembro se sumarán a los períodos de seguro cotizados en los demás Países Miembros, a fin de

C. CUESTIONES A SER INTERPRETADAS.

1. De la interpretación prejudicial facultativa.
2. Aplicabilidad de la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina. Cómputo de los periodos de cotización realizados en diferentes Países Miembros de la Comunidad Andina.

1. De la interpretación prejudicial facultativa.

asegurar el cumplimiento de las condiciones de acceso para la concesión de las prestaciones sanitarias o económicas, en la forma y en las condiciones establecidas en el Reglamento del presente Instrumento, el que establecerá también los mecanismos de pago de las prestaciones.

En caso que el migrante laboral o sus beneficiarios no hubieran adquirido el derecho a las prestaciones de acuerdo a las disposiciones del primer párrafo de este artículo, le serán también computables los aportes realizados en otro país extracomunitario que hubiera celebrado convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social con alguno de los Países Miembros en los que se prevea el cómputo recíproco de periodos de seguro con cualquiera de los Países Miembros donde haya estado asegurado.

Cuando coincida un período de seguro obligatorio o legalmente reconocido como tal con un período voluntario o facultativo, se tendrá en cuenta sólo el período de seguro obligatorio o legalmente reconocido como tal.

Los períodos de seguro, aportados o cotizados antes de la vigencia de la presente Decisión, serán considerados, cuando sea necesario, para su totalización, siempre que aquéllos no hubieran sido utilizados anteriormente en el reconocimiento de prestaciones económicas en otro País Miembro.

Si para el reconocimiento de las prestaciones sanitarias se exigiera haber cumplido un período previo de cotización, se tendrán en cuenta los períodos establecidos en la legislación de cada País Miembro, previa certificación de la Institución Competente en el país de origen.

TÍTULO VII

Disposiciones aplicables a regímenes de pensiones, de reparto, capitalización individual y mixtos

Artículo 9.- La presente Decisión será aplicable a los migrantes laborales afiliados a un régimen de pensiones de reparto, capitalización individual o mixtos, establecido o por establecerse por alguno de los Países Miembros para la obtención de las prestaciones económicas por vejez o jubilación, invalidez o muerte, de conformidad con la legislación interna de cada País Miembro.

Los Países Miembros que posean regímenes de capitalización individual podrán establecer mecanismos de transferencia de capital acumulado en las cuentas individuales.

En los países en los que existan las administradoras de fondos de pensiones de capitalización individual y las empresas aseguradoras podrán establecer mecanismos de compensación para saldar las cuentas que mantengan entre sí, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto por la legislación nacional correspondiente.

(...)

Disposiciones Transitorias

Primera: La presente Decisión será aplicada de conformidad con las disposiciones de su Reglamento, el cual será aprobado a más tardar 6 meses después de su adopción, mediante Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina, previa opinión del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y del Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social, y en consulta con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

(...)"

18. En vista a que la interpretación prejudicial ha sido solicitada dentro de un proceso de primera instancia, el Tribunal interpretará el tema de la interpretación facultativa, sobre la base del Proceso 140-IP-2014, donde se ha manifestado:

“El objeto de la interpretación prejudicial apunta a la aplicación uniforme del Derecho comunitario en los Países Miembros de la Comunidad Andina. Esta facultad es una competencia exclusiva del Tribunal. En efecto, el artículo 121 del Estatuto del Tribunal señala que: “Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.

Su finalidad reside en generar uniformidad, tanto en la interpretación como en la aplicación de la normativa andina, puesto que es un elemento fundamental para la construcción del proceso de integración andino.

El artículo 122 del Estatuto del Tribunal regula la consulta facultativa de la siguiente manera: “Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso” (lo subrayado es nuestro). Esto significa que, tal como lo señala su propio enunciado, es una facultad de la Autoridad y no un derecho de las partes.

Adicionalmente, la interpretación prejudicial facultativa sirve para garantizar que la norma comunitaria se interprete y aplique de manera uniforme en todo el territorio de la Comunidad Andina sin entrar al fondo de la cuestión consultada, que es de competencia exclusiva del consultante. El Tribunal es el único encargado de pronunciarse sobre el alcance de la norma andina sustantiva, la misma que servirá para dilucidar el proceso y asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Cabe advertir que no todos los procedimientos administrativos llegan a la sede judicial, por lo que la consulta solicitada en sede administrativa resulta ser de utilidad al estar acorde con el objetivo y finalidad de la interpretación prejudicial. Ante la duda de la entidad administrativa antes de resolver, el Tribunal es el encargado de aclarar y dilucidar el sentido e interpretación de las normas a ser aplicadas.

Cabe señalar que la facultad de solicitar la interpretación prejudicial es precisamente para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, de

conformidad con el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal: “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

Según el artículo 127 del Estatuto del Tribunal, la Dirección de Signos Distintivos y la Comisión de Signos Distintivos que conozcan del proceso interno en que se formuló la consulta, deberán adoptar en su resolución la interpretación del Tribunal. Emitida la interpretación prejudicial, la Dirección de Signos Distintivos o la Comisión de Signos Distintivos tienen la obligación de acatarla en la Resolución que vayan a adoptar en el caso concreto. La Resolución de la Dirección de Signos Distintivos o de la Comisión de Signos Distintivos podrá ser apelada en sede administrativa, debiendo decidir sobre tal apelación la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Agotada la vía administrativa, las partes que no estén de acuerdo con las Resoluciones emitidas por la Sala de Propiedad Intelectual podrán presentar demanda contencioso administrativa con el fin de obtener la nulidad de las mencionadas resoluciones.

En ese momento surge el cuestionamiento sobre si la interpretación prejudicial emitida por este Tribunal en la consulta realizada por la Dirección de Signos Distintivos y la Comisión de Signos Distintivos será aplicable a las fases posteriores.

En principio la interpretación prejudicial emitida por este Tribunal en la consulta realizada por la Dirección de Signos Distintivos o la Comisión de Signos Distintivos es aplicable a lo largo del proceso ya sea en sede administrativa o judicial, sin perjuicio de que la Sala de Propiedad Intelectual o las autoridades judiciales realicen una nueva consulta, particularmente, en los siguientes casos:

1. Se solicita interpretación prejudicial sobre diferentes normas del ordenamiento jurídico comunitario.
2. Existen pruebas o documentos en el proceso que determinan la aparición de nuevos elementos de juicio que no fueron tomados en cuenta al momento de realizar la interpretación prejudicial.
3. Si a criterio del Consultante existen temas o asuntos sobre los que el Tribunal no se pronunció.
4. Si a criterio del Consultante es necesaria la ampliación o la aclaración de la interpretación prejudicial.

Por lo tanto, se podrá realizar una nueva consulta especificando claramente cuáles son los puntos sobre los que desea que este Tribunal se pronuncie. Cabe indicar que la interpretación prejudicial será obligatoria cuando se trate de la única o última instancia ordinaria y no exista una interpretación prejudicial facultativa anterior, sea en el marco del procedimiento administrativo o en la primera instancia judicial.

Finalmente, cabe precisar que este Tribunal se reserva el derecho de evaluar cada caso concreto sometido a su conocimiento”. (Proceso 140-IP-2014 de 20 de noviembre de 2014, marca: AGUA BENDITA mixta, solicitante: INDECOPI).

19. El Juez consultante deberá tomar en cuenta los criterios señalados respecto de la solicitud de interpretación prejudicial facultativa y sus efectos.

2. Aplicabilidad de la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina. Cómputo de los períodos de cotización realizados en diferentes Países Miembros de la Comunidad Andina.

20. El Tribunal interpretará el presente tema en razón a que la cuestión controvertida en el proceso interno es sobre el cómputo de los períodos de cotizaciones del señor José Rodrigo Castaño Uribe, para lo cual se debe interpretar la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina, ya que esta norma derogó la Decisión 546, mediante la cual se había aprobado el Instrumento Andino de Seguridad Social. De esta manera, es la Decisión 583 la que debe ser aplicada al caso concreto ya que es la norma vigente al momento de realizarse el cómputo de los períodos de cotización del señor José Rodrigo Castaño Uribe.
21. El Tribunal se ha pronunciado en un caso similar al de autos, por lo que se cita la posición emitida por este Tribunal en aquella oportunidad y se ratifica lo manifestado dentro del Proceso 100-IP-2011:

“El Acuerdo de Cartagena tiene como objetivos primordiales promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes. En consecuencia, el Acuerdo Subregional Andino tiene como objetivo fundamental el mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

En este escenario se han dictado numerosas Decisiones y Directrices que buscan, precisamente, “el mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión” (Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la Decisión 397 que contempla la Tarjeta Andina de Migraciones (TAM), la Decisión 545 que contempla el Instrumento Andino de Migración Laboral, la Decisión 548 sobre el Mecanismo Andino de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios, la Decisión 584 que contempla el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, relacionadas con el tema).

En ese orden, la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina da cuenta del interés de mejorar el nivel de vida de los habitantes andinos y contempla el Instrumento Andino de Seguridad Social que regula el estatus jurídico de los migrantes laborales en relación con la percepción de los beneficios de la seguridad social.

El objeto de dicha Decisión es el de garantizar la adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios para que, como consecuencia de la migración, no vean menoscabados sus derechos sociales.

El artículo 1 de la Decisión en comento avista los objetivos de la misma, a saber:

“Artículo 1.- La presente Decisión tiene como objetivos:

- a) Garantizar a los migrantes laborales, así como a sus beneficiarios, la plena aplicación del principio de igualdad de trato o trato nacional dentro de la Subregión, y la eliminación de toda forma de discriminación;
- b) Garantizar el derecho de los migrantes laborales y sus beneficiarios a percibir las prestaciones de seguridad social durante su residencia en otro País Miembro;
- c) Garantizar a los migrantes laborales la conservación de los derechos adquiridos y la continuidad entre las afiliaciones a los sistemas de seguridad social de los Países Miembros; y
- d) Reconocer el derecho a percibir las prestaciones sanitarias y económicas que correspondan, durante la residencia o estada del migrante laboral y sus beneficiarios en el territorio de otro País Miembro, de conformidad con la legislación del país receptor”.

En tal sentido, la normativa contemplada en dicha Decisión se encauza a proteger al migrante laboral de un País Miembro y hacerle beneficiario de los derechos derivados de la seguridad social de otro País Miembro.

Es de destacar que el principio fundamental del Instrumento Andino de Seguridad Social es que todo País Miembro concederá a los migrantes laborales y a sus beneficiarios del resto de Países Miembros, igual trato que a sus nacionales, en todas las prestaciones de seguridad social. En principio, el migrante laboral queda sometido a la legislación de seguridad social del País Miembro en cuyo territorio efectúe su actividad laboral.

La Decisión 583 persigue, asimismo, evitar la doble tributación, cuando los trabajadores cotizan en el país donde trabajan pero siguen cotizando en su lugar de origen; y, determinar la continuidad de las cotizaciones, cuando por las migraciones los trabajadores pierden el tiempo y el monto cotizado en el país de origen y deben empezar el proceso nuevamente.

Todo lo anterior se traduce en una normativa garantista que protege al trabajador migrante desde que la dinámica de las sociedades contemporáneas ha determinado el tránsito hacia el concepto de protección social.

El artículo 8 de la mencionada Decisión establece lo siguiente:

“Totalización de períodos de seguro

Artículo 8.- Los períodos de seguro cotizados por el migrante laboral en un País Miembro se sumarán a los períodos de seguro cotizados en los demás Países Miembros, a fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones de acceso para la concesión de las prestaciones sanitarias o económicas, en la forma y en las condiciones establecidas en el Reglamento del presente Instrumento, el que establecerá también los mecanismos de pago de las prestaciones.

En caso que el migrante laboral o sus beneficiarios no hubieran adquirido el derecho a las prestaciones de acuerdo a las disposiciones del primer párrafo de este artículo, le serán también computables los aportes realizados en otro país extracomunitario que hubiera celebrado convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social con alguno de los Países Miembros en los que se prevea el cómputo recíproco de períodos de seguro con cualquiera de los Países Miembros donde haya estado asegurado.

Cuando coincida un período de seguro obligatorio o legalmente reconocido como tal con un período voluntario o facultativo, se tendrá en cuenta sólo el período de seguro obligatorio o legalmente reconocido como tal.

Los períodos de seguro, aportados o cotizados antes de la vigencia de la presente Decisión, serán considerados, cuando sea necesario, para su totalización, siempre que aquéllos no hubieran sido utilizados anteriormente en el reconocimiento de prestaciones económicas en otro País Miembro.

Si para el reconocimiento de las prestaciones sanitarias se exigiera haber cumplido un período previo de cotización, se tendrán en cuenta los períodos establecidos en la legislación de cada País Miembro, previa certificación de la Institución Competente en el país de origen”. (El subrayado es nuestro).

La norma preserva el derecho de los migrantes laborales a percibir prestaciones de seguridad social y garantiza la conservación de sus derechos adquiridos, en la totalización de los períodos de seguro. En tal sentido, establece la sumatoria de la cotización de los períodos de seguro realizados en los distintos Países Miembros; para lo cual, la citada norma establece: “Los

períodos de seguro cotizados por el migrante laboral en un País Miembro se sumarán a los períodos de seguro cotizados en los demás Países Miembros”. (Lo subrayado es nuestro).

Es decir, la norma prevé que aquellos períodos de seguro cotizados por el migrante laboral en un País Miembro se sumarán a los períodos de seguro cotizados en los demás Países Miembros, a fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones de acceso para la concesión de las prestaciones sanitarias o económicas. A estos mismos efectos, si el migrante laboral o sus beneficiarios no hubieran adquirido el derecho a las prestaciones mediante su cotización en un País Miembro, le serán también computables los aportes realizados en otro país extracomunitario que hubiera celebrado convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social con alguno de los Países Miembros en los que se prevea el cómputo recíproco de períodos de seguro con cualquiera de los Países Miembros donde haya estado asegurado. Los períodos de seguro, aportados o cotizados antes de la vigencia de la Decisión 583, serán considerados, cuando sea necesario, para su totalización, siempre que aquellos no hubieran sido utilizados anteriormente en el reconocimiento de prestaciones económicas en otro País Miembro.

De conformidad con lo anterior, dicha Decisión confiere a los migrantes laborales de los derechos de seguridad social reconocidos a los nacionales de los Países Miembros, basados en principios y compromisos de cooperación aplicables a los regímenes de seguridad social.

En consecuencia, reconoce a los migrantes laborales a nivel andino, así como a sus beneficiarios, en cualquiera de los Países Miembros, los mismos derechos y obligaciones en materia de seguridad social que a los nacionales de esos países; esto, en armonía con los literales c) y d) del artículo 1 de dicha Decisión que indican como objetivos de la presente Decisión: “Garantizar el derecho de los migrantes laborales y sus beneficiarios a percibir las prestaciones de seguridad social durante su residencia en otro País Miembro” y “Garantizar a los migrantes laborales la conservación de los derechos adquiridos y la continuidad entre las afiliaciones a los sistemas de seguridad social de los Países Miembros”.

El artículo 9 de la Decisión 583 dispone lo siguiente:

“Artículo 9.- La presente Decisión será aplicable a los migrantes laborales afiliados a un régimen de pensiones de reparto, capitalización individual o mixtos, establecido o por establecerse por alguno de los Países Miembros para la obtención de las prestaciones económicas por vejez o jubilación, invalidez o muerte, de conformidad con la legislación interna de cada País Miembro.

Los Países Miembros que posean regímenes de capitalización individual podrán establecer mecanismos de transferencia de capital acumulado en las cuentas individuales.

En los países en los que existan las administradoras de fondos de pensiones de capitalización individual y las empresas aseguradoras podrán establecer mecanismos de compensación para saldar las cuentas que mantengan entre sí, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto por la legislación nacional correspondiente”.

En consecuencia, las disposiciones de la Decisión 583 se aplicarán a los migrantes laborales afiliados a un régimen de pensiones de reparto, capitalización individual o mixtos, y deja en libertad a los Países Miembros para establecer sus propias políticas nacionales en materia de seguridad social.

Ahora bien, tanto el artículo 8 de la mencionada Decisión, como su Disposición Transitoria Primera, condicionan la aplicación de la misma a las “disposiciones de su Reglamento”, como se indica a continuación:

“Artículo 8.- Los períodos de seguro cotizados por el migrante laboral en un País Miembro se sumarán a los períodos de seguro cotizados en los demás Países Miembros, a fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones de acceso para la concesión de las prestaciones sanitarias o económicas, **en la forma y en las condiciones establecidas en el Reglamento del presente Instrumento, el que establecerá también los mecanismos de pago de las prestaciones”.**

“Disposiciones Transitorias

Primera: La presente Decisión será aplicada de conformidad con las disposiciones de su Reglamento, el cual será aprobado a más tardar 6 meses después de su adopción, mediante Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina, previa opinión del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y del Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social, y en consulta con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores”.

La Decisión 113 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contemplaba el Instrumento Andino de Seguridad Social, antecesora de la Decisión 583, a través de la Decisión 148 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena expidió su Reglamento. Este Reglamento facilitaba la aplicación de dicha Decisión, por ejemplo, determinaba las Oficinas de Coordinación que servirían como intermediarias en los trámites, y otros actos administrativos que requiera la aplicación de dicho Instrumento, reglaba el tema de la “totalización de los periodos de seguro”, lo concerniente a las “prestaciones de enfermedad y maternidad”, “accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”,

“prestaciones de vejez, invalidez y muerte”, “subrogación de derechos”, “pago de prestaciones, reembolsos y transferencias monetarias”.

Posteriormente, se sucedieron en el tiempo las siguientes Decisiones: 116, 545, 546, 547, 583 y 584, estas dos últimas de 7 de mayo de 2004, las cuales, por los principios de aplicación inmediata y efecto directo, son aplicables directamente en los Países Miembros desde su entrada en vigor, salvo que la norma comunitaria determine una fecha posterior a su entrada en vigencia; y, generan derechos y obligaciones a sus destinatarios. La Decisión 583, objeto de esta interpretación prejudicial, se encuentra en vigencia; sin embargo, no se ha generado su respectivo Reglamento.

Conforme a lo anterior, cabe preguntarse si procede o no la aplicación de la Decisión 583 a falta del referido Reglamento.

Para el efecto es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, entonces, si es un derecho que alcanza a todas las personas, es obvio que cubre a los migrantes laborales.
2. La normativa en la materia supone a la persona migrante como sujeto de derechos y determina la igualdad ante la ley.
3. La seguridad social se rige, entre otros, por los principios de solidaridad, obligatoriedad y universalidad; estos principios serían incompletos en su alcance si la seguridad social no se hiciera extensiva a los migrantes laborales.
4. La supremacía de los derechos de las personas está sobre toda consideración (principios de preeminencia y subsidiariedad) y la aplicación e interpretación de la norma que les alcance se podrá ampliar pero nunca restringir (principio pro homine).
5. El artículo 5 de la Decisión 583, al determinar la legislación aplicable, señala: “El migrante laboral estará sometido a la legislación de seguridad social del País Miembro en cuyo territorio efectúe su actividad laboral, de acuerdo a la legislación del país donde se encuentre”. Es decir, prescribe el inmediato cumplimiento y aplicación de los derechos de seguridad social reconocidos en las leyes nacionales de los Países Miembros.
6. Al ser la Seguridad Social un derecho social, de obligatorio cumplimiento, de aplicación inmediata y que por estas consideraciones se ha de aplicar incluso a falta de ley en los Países Miembros, el Tribunal estima que la Decisión 583 debe ser aplicada en ausencia de su Reglamento, dada la naturaleza de este derecho y el interés superior que ampara.

Conforme a lo anterior, para el Tribunal, si bien no se ha expedido el Reglamento de la Decisión 583, que regule la correcta aplicación de las disposiciones consagradas en la Decisión 583 y que la haga operativa, es posible aplicar de modo directo la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina a los migrantes laborales que, siendo nacionales de cualquiera de los Países Miembros, realicen sus actividades de índole laboral en otro País Miembro de la Comunidad Andina. Para lo anterior, se debe adecuar la legislación interna del País Miembro a la comunitaria.

La Decisión 583 es aplicable, entonces, aún a falta de Reglamento. La inactividad en la que ha incurrido la Secretaría General en la emisión del Reglamento que regule la Decisión 583 no puede afectar la efectividad de los derechos que consagra la normativa comunitaria, pues los derechos sustantivos de las personas, en este caso los derechos a la seguridad social, no pueden ser desatendidos por la falta de actividad de los órganos del sistema. Máxime si el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina debe velar por la efectividad de los derechos de las personas, conforme lo indica el artículo 35 de su Estatuto al recalcar que “Los procedimientos previstos en el presente Estatuto tienen por objeto asegurar: la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción (...)”.

Por otro lado, encuentra el Tribunal que esta Decisión alcanzó a la República Bolivariana de Venezuela, ya que su denuncia al Acuerdo de Cartagena aconteció el 22 de abril de 2006 y la Decisión 583 fue expedida el siete de mayo de dos mil cuatro, dos años antes del retiro de Venezuela de la Comunidad Andina. Sobre este punto se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales prevalecen a las situaciones históricas, políticas, sociales, culturales y económicas en las que se desenvuelve su ejercicio. En tal virtud, por el principio de no regresividad de los derechos sociales en beneficio de los trabajadores, no se puede afectar el estatus jurídico de los mismos menoscabando los derechos adquiridos, en tanto que no se puede afectar la situación de los derechos sociales una vez reconocidos. Se debe considerar, asimismo, que en la aplicación e interpretación de normas que benefician a los trabajadores, se podrá siempre ampliar sus derechos pero nunca restringirlos”. (Proceso 100-IP-2011, publicado en la G.O.A.C. 2043 de 18 de abril de 2012).

Con base en estos fundamentos,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, emite el siguiente

PRONUNCIAMIENTO:

PRIMERA: La Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina contempla el Instrumento Andino de Seguridad Social y regula el estatus jurídico de los migrantes laborales en relación con la percepción de los beneficios de la seguridad social.

SEGUNDA: El objeto de la Decisión 583 es el de garantizar la adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios para que, como consecuencia de la migración, no vean menoscabados sus derechos sociales.

TERCERA: El artículo 8 de la Decisión 583 procura preservar el derecho de los migrantes laborales a percibir prestaciones de seguridad social y garantizar la conservación de sus derechos adquiridos, en la totalización de los períodos de seguro. En tal sentido, establece la sumatoria de la cotización de los períodos de seguro realizados en los distintos Países Miembros.

CUARTA: Si bien no se ha expedido el Reglamento de la Decisión 583, que regule la correcta aplicación de las disposiciones consagradas en la Decisión 583 y que la haga operativa, es posible aplicarla de modo directo a los migrantes laborales que, siendo nacionales de cualquiera de los Países Miembros, realicen sus actividades de índole laboral en otro País Miembro de la Comunidad Andina. Para lo anterior, se debe adecuar la legislación interna del País Miembro a la comunitaria.

QUINTA: Esta Decisión alcanzó a la República Bolivariana de Venezuela, ya que su denuncia al Acuerdo de Cartagena aconteció el 22 de abril de 2006 y la Decisión 583 fue expedida el 7 de mayo de 2004, dos años antes de su retiro de la Comunidad Andina.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Juez Nacional consultante, al emitir el fallo en el proceso interno, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial. Asimismo, deberá dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto vigente.

De conformidad con el último párrafo del artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman la presente Interpretación Prejudicial los Magistrados que participaron en su adopción.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA

José Vicente Troya Jaramillo
MAGISTRADO

Luis José Diez Canseco Núñez
MAGISTRADO

De acuerdo con el artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial el Presidente y el Secretario.

Luis José Diez Canseco Núñez
PRESIDENTE

Gustavo García Brito
SECRETARIO

Notifíquese al Juez Consultante mediante copia certificada y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Proceso 137-IP-2015