



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02308-2013-PA/TC
LA LIBERTAD
SANTIAGO RAMIRO MERINO
ACEVEDO

RAZÓN DE RELATORÍA

La resolución emitida en el Expediente 02308-2013-PA/TC es aquella que declara 1. **INFUNDADA** la demanda y 2. Dispone que el demandante podrá sujetarse a lo contemplado en la Vigésima Cuarta Disposición Final y Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones incorporada por el artículo 2 de Ley 30425; y está compuesta por los votos de los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, este último convocado para dirimir la discordia suscitada en autos. Se deja constancia de que los magistrados concuerdan en el sentido del fallo y la resolución alcanza los tres votos conformes, tal como lo prevé el artículo 11, primer párrafo del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional en concordancia con el artículo 5, cuarto párrafo de su Ley Orgánica. Asimismo, se adjunta el voto singular del magistrado Blume Fortini.

Lima, 20 de noviembre de 2018.

S.


Janet Otárola Santillana
Secretaria de la Sala Segunda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC
LA LIBERTAD
SANTIAGO RAMIRO MERINO
ACEVEDO

VOTO DE LOS MAGISTRADOS RAMOS NÚÑEZ Y LEDESMA NARVÁEZ

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Santiago Ramiro Merino Acevedo representado por su abogado don Sergio Augusto Bobadilla Alvarado contra la resolución de fojas 128, de fecha 6 de marzo de 2013, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra Prima AFP con el objeto de que le devuelvan sus aportes dinerarios que obran en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC), así como el cierre de la misma por ser pensionista cesante del Decreto Ley 20530 desde el 5 de febrero de 1988, de conformidad con la Resolución de Alcaldía 3055-88-CPT, de fecha 19 de agosto de 1988, y la Resolución de Alcaldía 725-2009-MPT, de fecha 10 de junio de 2009, que consigna su nombre correcto.

Prima AFP deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, alegando que las normas establecen que cualquier reclamo que formulen los afiliados en el Sistema Privado de Pensiones (SPP), requiere ineludiblemente que la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS) se pronuncie en última instancia administrativa respecto a los actos sometidos a su competencia. A su vez, contesta la demanda y solicita que esta sea declarada infundada, alegando que el demandante se afilió voluntariamente al Sistema Privado de Pensiones (SPP) el 24 de setiembre de 1995, por lo que encontrándose sometido a las normas que regulan dicho sistema, el actor interpreta equivocadamente la Circular 040-2004, por cuanto confunde lo que es un aporte obligatorio al fondo de pensiones, el cual es pagado por el afiliado –cuya devolución resulta viable de conformidad con el numeral 2.1 de la citada Circular 040-2004– y los aportes que provienen del bono de reconocimiento el cual otorga el Estado como compensación para incrementar el valor de las pensiones correspondientes y que de acuerdo con el artículo 9 del Decreto Ley 26897, el trabajador que se incorpora al SPP tiene derecho a recibir un bono de reconocimiento como compensación por sus aportes al SNP. Agrega que los aportes obligatorios que realizó el afiliado ante el Sistema Privado de Pensiones le fueron devueltos, lo cual no ocurre con los aportes que provienen del bono de reconocimiento conforme al Oficio Múltiple 19099-2004-SBS, que establece que “el bono de reconocimiento no se encuentra sujeto al procedimiento de devolución”; disposición que resulta de obligatorio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC
LA LIBERTAD
SANTIAGO RAMIRO MERINO
ACEVEDO

cumplimiento; más aún cuando las normas que regulan el SPP han establecido que el hecho de que un afiliado se encuentre bajo la condición de pensionista en otro régimen pensionario, como el caso del actor, no impide que se encuentre afiliado al Sistema Privado de Pensiones.

El Segundo Juzgado Especializado Civil de Trujillo, con fecha 25 de enero de 2012, declaró infundada la excepción propuesta por considerar que de autos se advierte que el demandante presentó diversas solicitudes de devolución de aportes por exceso. Asimismo, con resolución de fecha 24 de agosto de 2012 declaró improcedente la demanda por considerar que el demandante pretende la devolución de aportes y bono de reconocimiento cuando ya percibía una pensión; en consecuencia, la pretensión carece del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con resolución de fecha 6 de julio de 2012, confirmó la apelada en el extremo que declaró infundada la excepción propuesta por considerar que a partir de las cartas remitidas por el demandante, Prima AFP ha insistido en que el pedido deviene en improcedente en razón de lo dispuesto en el Oficio Múltiple 19099-2004-SBS, que señala que el bono de reconocimiento no se encuentra sujeto al procedimiento de devolución, a partir de lo cual se evidencia que ya existe un criterio establecido por parte de la SBS respecto de dicho tema. A su vez, con resolución de fecha 6 de marzo de 2013, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda por considerar que dada la naturaleza de la pretensión esta no puede dilucidarse en el proceso de amparo puesto que ello implicaría examinar un aspecto que no guarda relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales que se protegen con esta acción.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente interpone demanda de amparo contra Prima AFP con el objeto de que le devuelvan los aportes y el bono de reconocimiento que obran en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC), así como el cierre de la misma, por ser pensionista cesante del Decreto Ley 20530.
2. Alega que los aportes efectuados con fecha posterior al otorgamiento de su pensión de cesantía otorgada bajo los alcances del Decreto Ley 20530, incluido el bono de reconocimiento generado por sus aportes al régimen del Decreto Ley 19990 el cual fue pagado por el Estado peruano el 27 de febrero de 2009 y depositado en su CIC, tienen el carácter de aportes en exceso, y su devolución debe hacerse efectiva conforme a la Circular AFP-040-2004, de fecha 24 de marzo de 2004, y en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC
LA LIBERTAD
SANTIAGO RAMIRO MERINO
ACEVEDO

Oficio Múltiple 19099-2004-SBS, de fecha 27 de setiembre de 2004. Por consiguiente, la negativa de Prima AFP de devolverle los aportes dinerarios correspondientes al bono de reconocimiento depositados en su CIC vulnera su legítimo derecho de disposición de la propiedad.

Nuestras consideraciones

3. La Circular AFP-040-2004, de fecha 24 de marzo de 2004, que establece el Procedimiento de Devolución de Aportes al Fondo de Pensiones efectuado por los afiliados al SPP que se encuentren jubilados en otros sistemas de pensiones, señala en el numeral 2.1. lo siguiente:

Los aportes materia de devolución son los que el afiliado efectuó con posterioridad a la fecha a partir de la cual la entidad encargada de la administración del régimen previsional -distinto al SPP- al que corresponda el solicitante, le reconozca el derecho al acceso al beneficio solicitado, lo que deberá ser demostrado con la resolución correspondiente o con cualquier otro documento que acredite dicha condición.

4. Por su parte, en el numeral 3 del Oficio Múltiple 19099-2004-SBS, de fecha 27 de setiembre de 2004, expedido por la Superintendencia de Banca y Seguros, se señala que la devolución de aportes recuperados por la AFP deberá sujetarse al procedimiento establecido por el numeral 2 de la Circular AFP-040-2004; y en el numeral 2. Tratamiento del Bono de Reconocimiento (BdR), precisa que: "Teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 2.1 de la Circular N.º AFP-40-2004, el BdR no se encuentra sujeto al procedimiento de devolución materia del presente oficio múltiple".
5. Es más, en la Circular AFP 125-2012, expedida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, de fecha 12 de junio de 2012, con respecto a la devolución de aportes obligatorios efectuados al fondo de pensiones y de los aportes recuperados de las AFP de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que se encuentren jubilados en otros sistemas de pensiones, establece que deberá sujetarse al procedimiento establecido por el numeral 2 de la Circular AFP 040-2004. Y a su vez precisa que "el Bono de Reconocimiento no se encuentra sujeto al procedimiento de devolución señalado en la Circular N.º AFP-040-2004".
6. En consecuencia, de las normas glosadas queda claro que el Bono de Reconocimiento (BdR), que en el caso de autos conforme a lo informado por Prima AFP con fecha 3 de marzo de 2009 (f. 9) fue pagado por el Estado peruano y depositado en la Cuenta Individual de Capitalización del demandante por un valor



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC
LA LIBERTAD
SANTIAGO RAMIRO MERINO
ACEVEDO

actualizado a esa fecha en la suma de S/ 12 215.06, no se encuentra sujeto al procedimiento de devolución señalado en la Circular AFP-040-2004. En ese sentido la demanda debe ser declarada infundada.

El fin previsional del Bono de Reconocimiento

7. Queda claro que las normas del Sistema Privado de Pensiones, expedidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP no permiten la devolución del monto del Bono de Reconocimiento a los pensionistas de otro régimen previsional. Los aportes que se realizan a los sistemas previsionales, en puridad, y de acuerdo a su finalidad, solo pueden ser usados para fines previsionales, y no forman parte del patrimonio de la persona, incluso en el caso del SPP, donde dichos aportes se encuentran depositados en una CIC. Los aportes obrantes en dicha cuenta no tienen las cualidades que caracterizan a la propiedad, como el uso, disfrute y disposición libre del bien. En todo caso, si dichos aportes se liberan de su fin previsional, ello puede hacerse solo en función a la habilitación efectuada por una norma legal, y no en virtud del ejercicio del derecho de propiedad sobre dichos aportes. Solo una vez liberados los referidos aportes, estos pasan al patrimonio de la persona.
8. Si bien el Bono de Reconocimiento no es posible ser devuelto mediante el procedimiento de devolución señalado en la Circular AFP-040-2004; no obstante, con posterioridad a la interposición de la demanda, se ha expedido la Ley 30425 que libera del fin previsional a los fondos disponibles de las cuentas individuales de capitalización hasta un porcentaje del 95.5 % del total, liberación la cual se hace extensivo también al Bono de Reconocimiento por estar contenido en él. Según la referida ley, esta liberación especial se habilita a partir de los 65 años de edad del afiliado.
9. Prima AFP, mediante las misivas de fecha 23 de setiembre de 2009 (f. 11), 8 de marzo de 2010 (f. 13) 9 de abril de 2010 (f. 15), le ha comunicado al actor que el hecho de que se encuentre bajo la condición de pensionista del régimen del Decreto Ley 20530 no le impide estar afiliado al Sistema Privado de Pensiones (SPP), por lo que el saldo de su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) podría ser retirado como pensión en el momento que se jubile del SPP; pero, se entiende que a partir de la entrada en vigor de la Ley 30425, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de abril de 2016, que modifica el “Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo 054-97-EF, y que amplía la vigencia del Régimen Especial de Jubilación Anticipada”, el recurrente podría también solicitar a Prima AFP la entrega de hasta el 95.5 % del total del fondo disponible en su CIC, en mérito a lo dispuesto en el artículo 2 de la citada ley, que establece lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC
LA LIBERTAD
SANTIAGO RAMIRO MERINO
ACEVEDO

Artículo 2. Incorporación de la Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria del Texto Único ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones

Adiciónese la Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones con el texto siguiente:

Opciones del afiliado

VIGÉSIMO CUARTA.- El afiliado a partir de los 65 años de edad podrá elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro o solicitar a la AFP la entrega de hasta el 95.5 % del total del fondo disponible en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) en las armadas que considere necesarias.

10. En ese sentido, en vista de que en la actualidad el demandante supera la edad requerida por la modificatoria introducida por la Ley 30425 podrá sujetarse a lo contemplado en la Vigésima Cuarta Disposición Final y Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones para solicitar el pago de lo que resta de su Cuenta Individual de Capitalización, incluido el Bono de Reconocimiento.

Por estas consideraciones, estimamos que se debe

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Dispone que el demandante podrá sujetarse a lo contemplado en la Vigésima Cuarta Disposición Final y Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones incorporada por el artículo 2 de la Ley 30425.

SS.

RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ



Lo que certifico:



JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC

LA LIBERTAD

SANTIAGO RAMIRO MERINO ACEVEDO

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el voto de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez, en mérito a los argumentos allí expuestos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 15 de noviembre de 2018

Lo que certifico:



JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC

LA LIBERTAD

SANTIAGO

RAMIRO

MERINO

ACEVEDO

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI,
OPINANDO QUE SE DECLARE FUNDADA LA DEMANDA, DEBIENDO
ORDENARSE EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO DE
DEVOLUCIÓN Y PAGO DEL CONTENIDO DE LA CUENTA INDIVIDUAL
DE CAPITALIZACIÓN A FAVOR DEL DEMANDANTE**

Con el debido respeto que se merecen mis colegas magistrados, discrepo de la posición de mayoría que ha decidido declarar INFUNDADA la demanda de autos y dispone que el demandante podrá sujetarse a lo contemplado en la Vigésima Cuarta Disposición Final y Transitoria del Texto único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, incorporada por el artículo 2 de la Ley 30425; por cuanto, a mi consideración, la demanda debe ser declarada FUNDADA por haberse vulnerado el derecho a la propiedad del actor, debiéndose ordenar a la AFP Prima iniciar el procedimiento respectivo de devolución y pago del contenido total de la cuenta individual del actor a su favor.

Sustento mi posición en las siguientes consideraciones:

1. Conforme se aprecia de autos, el actor tiene la calidad de pensionista del Decreto Ley 20530 desde febrero de 1988 (f. 2, 3 y 24).
2. Asimismo y según refiere el actor a fojas 8, desde octubre de 1987 a julio de 1995 (f. 8), efectuó aportes al Sistema Nacional de Pensiones bajo el régimen del Decreto Ley 19990, hecho por el cual se le generó un bono de reconocimiento ascendente a S/. 12.215.06, monto que ha sido pagado por el Estado a la AFP emplazada (f. 9), y depositado en una cuenta individual de capitalización a nombre del actor.
3. Conforme se aprecia de fojas 10 a 16, el actor ha solicitado la devolución del monto que correspondía al bono de reconocimiento ya redimido. Sin embargo, la AFP emplazada le ha negado dicho pago sosteniendo que en el punto 2, del Oficio Múltiple 19099-2004-SBS, se ha establecido que el bono de reconocimiento no se encuentra sujeto al procedimiento de devolución.
4. Teniendo en cuenta los hechos antes descritos, considero que el caso plantea las siguientes interrogantes:
 - a. ¿Existe algún fundamento constitucional que impida la devolución del monto redimido del bono de reconocimiento contenido en la CIC de un afiliado del Sistema Privado de Pensiones que ya tiene la condición de pensionista en el Sistema Nacional de Pensiones?
 - b. ¿Existe fundamento constitucional para que las AFPs nieguen la devolución del monto redimido de los bonos de reconocimientos pagados por el Estado en las CIC, a los afiliados que tienen la calidad de pensionistas del SNP?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC

LA LIBERTAD

SANTIAGO

RAMIRO

MERINO

ACEVEDO

- c. ¿Existe una obligación constitucional para que un pensionista del SNP afiliado en el SPP, se pensione en el Sistema Privado de Pensiones?
5. En el proyecto de mayoría, no se responde a las interrogantes que plantea el caso, todo lo contrario, avala la negativa de la AFP Prima para negar la devolución y pago del monto dinerario redimido del bono de reconocimiento generado por las aportaciones que efectuara el actor como afiliado del SNP bajo el Decreto Ley 19990, y depositado en la CIC del demandante.

Básicamente, la posición de mayoría sostiene

3. La Circular AFP-040-2004, de fecha 24 de marzo de 2004, que establece el Procedimiento de Devolución de Aportes al Fondo de Pensiones efectuado por los afiliados al SPP que se encuentren jubilados en otros sistemas de pensiones, señala en el numeral 2.1.

Los aportes materia de devolución son los que el afiliado efectuó con posterioridad a la fecha a partir de la cual la entidad encargada de la administración del régimen previsional -distinto al SPP- al que corresponda el solicitante, le reconozca el derecho al acceso al beneficio solicitado, lo que deberá ser demostrado con la resolución correspondiente o con cualquier otro documento que acredite dicha condición.

4. Por su parte, en el numeral 3 del Oficio Múltiple 19099-2004-SBS, de fecha 27 de setiembre de 2004, expedido por la Superintendencia de Banca y Seguros, se señala que la devolución de aportes recuperados por la AFP deberá sujetarse al procedimiento establecido por el numeral 2 de la Circular AFP-040-2004; y en el numeral 2. Tratamiento del Bono de Reconocimiento (BdR), precisa que *Teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 2.1 de la Circular N.º AFP-40-2004, el BdR no se encuentra sujeto al procedimiento de devolución materia del presente oficio múltiple.*
5. Es más, en la Circular AFP 125-2012, expedida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, de fecha 12 de junio de 2012, con respecto a la devolución de aportes obligatorios efectuados al fondo de pensiones y de los aportes recuperados de las AFP de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que se encuentren jubilados en otros sistemas de pensiones, establece que deberá sujetarse al procedimiento establecido por el numeral 2 de la Circular AFP 040-2004. Y a su vez precisa que "El Bono de Reconocimiento no se encuentra sujeto al procedimiento de devolución señalado en la Circular N.º AFP-040-2004".
6. En consecuencia, de las normas glosadas queda claro que el Bono de Reconocimiento (BdR), que en el caso de autos conforme a lo informado por Prima AFP con fecha 3 de marzo de 2009 (f. 9) fue pagado por el Estado peruano y depositado en la Cuenta Individual de Capitalización del demandante por un valor actualizado a esa fecha en la suma de S/. 12 215.06, no se encuentra sujeto al procedimiento de devolución señalado en la Circular AFP-040-2004. En ese sentido la demanda debe ser declarada infundada.

El fin previsional del Bono de Reconocimiento

7. Para este Tribunal queda claro que las normas del Sistema Privado de Pensiones, expedidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP no permiten la devolución del monto del Bono de Reconocimiento a los pensionistas de otro régimen previsional. Los aportes que se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC

LA LIBERTAD

SANTIAGO

RAMIRO

MERINO

ACEVEDO

realizan a los sistemas previsionales, en puridad, y de acuerdo a su finalidad, solo pueden ser usados para fines previsionales, y no forman parte del patrimonio de la persona, incluso en el caso del SPP, donde dichos aportes se encuentran depositados en una CIC. Los aportes obrantes en dicha cuenta no tienen las cualidades que caracterizan a la propiedad, como el uso, disfrute y disposición libre del bien. En todo caso, si dichos aportes se liberan de su fin previsional, ello puede hacerse solo en función a la habilitación efectuada por una norma legal, y no en virtud al ejercicio del derecho de propiedad sobre dichos aportes. Solo una vez liberados los referidos aportes, éstos pasan al patrimonio de la persona.

Si bien el Bono de Reconocimiento no es posible ser devuelto mediante el procedimiento de devolución señalado en la Circular AFP-040-2004; no obstante, con posterioridad a la interposición de la demanda, se ha expedido la Ley 30425, que libera del fin previsional a los fondos disponibles de las cuentas individuales de capitalización hasta un porcentaje del 95.5 % del total, liberación la cual se hace extensivo también al Bono de Reconocimiento por estar contenido en él. Según la referida ley, esta liberación especial se habilita a partir de los 65 años de edad del afiliado.

6. En resumen, la posición de mayoría sostiene que en atención a la normatividad del SPP (Circular AFP-040-2004 de fecha 24 de marzo de 2004, Oficio Múltiple 19099-2004-SBS, de fecha 27 de setiembre de 2004 y Circular AFP 125-2012) –que por cierto resulta infraconstitucional e infralegal– no es posible que lo pagado por el bono de reconocimiento generado a favor del actor sea materia de devolución.

Asimismo, se afirma que el bono de reconocimiento tiene un fin previsional, por lo que no es de libre disposición y solo puede ser usado para fines previsionales. En ese mismo razonamiento, afirma que el bono de reconocimiento no forma parte del patrimonio de la persona, aun cuando sean depositados en su CIC, pues los aportes que obran en ella, carecen de cualidades de uso, disfrute y libre disposición. Finalmente señala que solo por habilitación legal, los aportes del SPP se liberan de su fin previsional y recién a partir de ese momento pasan a ser patrimonio del aportante.

7. Desde mi punto de vista, lo afirmado por la mayoría resulta errado, pues olvida que el actor ya tiene la calidad de pensionista del SNP. Es decir, ya tiene cubierto el pago de una pensión para su vejez.
8. Este hecho resulta determinante para resolver el caso, pues, al margen de que el bono de reconocimiento del actor se haya generado como consecuencia de los aportes que efectuara en el régimen del Decreto Ley 19990, ello no implica que exista una obligación constitucional o legal en el aportante de pensionarse en el SPP cuando ya goza de una pensión. Tampoco implica que el bono de reconocimiento adquiera una naturaleza de indisponibilidad, todo lo contrario, en el caso particular se advierte que este monto se generó como aportaciones extras al régimen pensionario que ya cubría la contingencia de vejez del actor, por lo que en los hechos, son aportes por exceso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC

LA LIBERTAD

SANTIAGO

RAMIRO

MERINO

ACEVEDO

9. En tal sentido, considero que el atribuir una finalidad previsional, así como afirmar que el bono de reconocimiento no forma parte del patrimonio del actor, únicamente pretende compeler al aportante pensionista para que, en contra de su voluntad, se pensione por segunda vez, solo con la finalidad de acceder a lo que en los hechos, ya es de su patrimonio, lo cual considero flagrantemente inconstitucional y lesivo al derecho fundamental a la propiedad.
10. Y ello es así, por cuanto, el mismo actor generó aportes por exceso en el SPP, los cuales sí le fueron devueltos conforme se desprende de la carta de fecha 8 de marzo de 2010 (f. 13) ¿por qué esos aportes en exceso sí pudieron ser devueltos pese a que, según parece afirmar el proyecto de mayoría en su fundamento 7, tienen un fin previsional y no patrimonial? A mi juicio, la respuesta es clara, los aportes en exceso en el SPP no tienen fin previsional, y por lo tanto deben ser devueltos al aportante pues son parte de su patrimonio, solo así se explica que se encuentre permitido esta devolución por las mismas normas del SPP que menciona el proyecto de mayoría, incluidas entre ellas la Circular AFP 040-2004 (f. 19), que literalmente señala:

1. Alcance

La presente Circular establece el procedimiento que deben seguir las Administradoras Privada de Fondos de Pensiones, en adelante AFP, **para devolver únicamente los aportes obligatorios al fondo de pensiones pagados por los afiliados que, teniendo la condición de jubilados dentro de algún régimen pensionario distinto del SPP, hayan laborado o laboren como trabajadores dependiente o independientes, en las condiciones establecidas por el artículo 87º del Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Resolución N° 080-98-EF/SAPF y su norma modificatoria aprobada por Resolución SBS N° 1408-2003.**

El texto vigente (desde el año 2003) del artículo 87 de la Resolución 080-98-EF/SAPF, al que se hace referencia en los alcances de la Circular AFP 040-2004 (ha sufrido modificatorias), dice lo siguiente:

Artículo 87.- La incorporación de los trabajadores al SPP genera la obligación de realizar los aportes obligatorios a que se refiere el Artículo 30 de la Ley, con las salvedades que se señalan a continuación:

- a) Los afiliados jubilados dentro de algún régimen pensionario que continúan su actividad laboral en calidad de trabajadores dependientes o independientes, podrán no realizar aportes obligatorios al SPP. A tal efecto, en cualquier momento, o ante el requerimiento de información sobre su situación previsional, los afiliados jubilados deben comunicar a su empleador su condición de tales, adjuntando copia de cualquiera de los siguientes documentos: (i) la Sección IV del formato de Solicitud de Pensión de Jubilación del SPP, (ii) la correspondiente póliza de la renta vitalicia, (iii) el comprobante de pago de la pensión, o (iv) cualquier otro documento que acredite su situación previsional de jubilado.

Los aportes obligatorios que efectúen los afiliados jubilados dentro del SPP no generarán cobertura previsional para los riesgos de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, y serán



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC

LA LIBERTAD

SANTIAGO

RAMIRO

MERINO

ACEVEDO

devueltos, en calidad de aportes en exceso, a los afiliados que los efectuaron, o a sus herederos, cuando éstos lo requieran, conforme al procedimiento de devolución que se regulará por Circular de esta Superintendencia.

Lo dispuesto en el presente inciso no limita el derecho de los afiliados jubilados a efectuar aportes voluntarios sin fines previsionales.

11. Entonces ¿realmente los aportes en exceso tiene naturaleza previsional como afirma la mayoría? A mi juicio, estos aportes no tienen un fin previsional, y por lo tanto sí son parte del patrimonio del aportante, pues así lo reconoce la propia normativa del SPP antes citada, al entender que el afiliado pensionista de otro sistema de pensiones, no se encuentra obligado a generar aportes obligatorios en el SPP; a menos, claro está, que voluntariamente efectúe aportes sin fines previsionales que son de libre disposición.
12. Esta situación no es ajena en el SNP, pues de acuerdo con lo que dispone el artículo 11 del Decreto Supremo 011-74-TR (Reglamento del Decreto Ley 19990), una vez que el asegurado facultativo adquiere el derecho a una pensión de invalidez o jubilación en el SNP, culmina su obligación de continuar aportando y, por lo tanto, los aportes efectuados en exceso corresponden ser devueltos (Cfr. fundamento 6 de la Sentencia 04679-2011-PA/TC y fundamento 8 de la Sentencia 04126-2005-PA/TC).
13. En tal sentido, teniendo en cuenta que el bono de reconocimiento que el Estado reconociera al actor, se generó como consecuencia de aportaciones efectuadas al SNP bajo el régimen del Decreto Ley 19990, efectuadas con posterioridad al año 1988, cuando ya tenía la calidad de pensionista del SNP bajo el régimen del Decreto Ley 20530, dichas aportaciones resultaron indebidas.
14. En tal sentido, soy de la opinión que corresponde disponer la devolución correspondiente, que dio origen al bono de reconocimiento, que a la fecha ya se encuentra redimido en la CIC del actor, que viene siendo administrada por la AFP Prima; principalmente, porque el actor ya tiene cubierta su contingencia de vejez y porque no existe mandato constitucional alguno que obligue al actor a pensionarse en el SPP. Ordenar lo contrario, pese a que actualmente se encuentra vigente la Ley 30425, implicaría compeler al actor a hacer algo que la ley no manda, contraviniendo el mandato contenido en el literal a, del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.
15. Finalmente, y si bien resulta parcialmente cierto que el procedimiento que regula la Circular AFP-040-2004 no resulta aplicable para disponer la devolución del monto redimido en la CIC por bonos de reconocimiento, ello solo significa que existe una omisión normativa respecto del procedimiento a seguir cuando se trata de bonos de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02308-2013-PA/TC

LA LIBERTAD

SANTIAGO

RAMIRO

MERINO

ACEVEDO

reconocimiento generados como consecuencia de aportaciones indebidas o en exceso en el SNP cuando el aportante afiliado ya tenía la condición de pensionista.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda por haberse vulnerado el derecho a la propiedad del actor y, en consecuencia, se ordene a la AFP Prima iniciar el procedimiento respectivo de devolución y pago del contenido total de la cuenta individual del actor a su favor, para lo cual, podrá utilizar de manera supletoria, el procedimiento regulado en la Circular AFP 040-2004, mientras no se haya regulado el supuesto de devolución del monto redimido por bonos de reconocimientos generados por aportaciones indebidas al SNP.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:



JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL