



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Expediente N° 11-1279

El 13 de octubre de 2011, los ciudadanos **RAÚL ABREU LÓPEZ, JELIXÉ CAROLINA SILVIO GONZÁLEZ y KARINA VILLANUEVA ARRIENS**, cedulados bajo los números 14.156.144, 11.778.235 y 14.121.448, respectivamente, abogados, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 87.017, 76.472, y 121.095, actuando en carácter de apoderados judiciales del **Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)**, Instituto Autónomo domiciliado en la ciudad de Caracas adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y Hábitat, regido por el Decreto N° 6.072 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.889 del 31 de julio de 2005, acuden ante esta Sala Constitucional a los efectos de interponer solicitud de revisión *“conjuntamente con solicitud de declaratoria de urgencia y medida cautelar innominada”*, de la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1202 del 25 de noviembre del 2010, decisión ésta que según aduce la parte actora ha sido extensiva y reiterada en distintas oportunidades en sentencias que datan desde el año 2006, N° 01928 del 27 de julio de ese año caso Inversiones Mukaren C.A. y, así

sucesivamente hasta llegar al presente año 2011 con los casos N° 00516 del 27 de abril de 2011, caso Schlumberger Venezuela S.A y, N° 00441 del 6 de abril de 2011 caso Banco Federal, C.A, y N° 00796, del 08 de junio de 2011 caso Conindustria1, entre otras, todas emanadas de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por considerar que en ellas se mantiene un criterio jurisprudencial violatorio de los principios y valores constitucionales consagrados en el preámbulo constitucional, y en los artículos 2, 19, 24, 82, 86 y 89 numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El 19 de octubre de 2011, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

El 22 de noviembre de 2011, la Defensoría del Pueblo consignó escrito de adhesión en la presente causa.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones.

I

DE LOS FUNDAMENTOS DE LA REVISIÓN

La parte accionante, solicitó la revisión “*conjuntamente con solicitud de declaratoria de urgencia y medida cautelar innominada*”, de la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1202 del 25 de noviembre del 2010,

decisión ésta que según aduce, ha sido extensiva y reiterada en distintas oportunidades en sentencias que datan del año 2006, N° 01928 del 27 de julio de ese año al caso Inversiones Mukaren C.A. y, así sucesivamente hasta llegar al presente año 2011 con los casos N° 00516 del 27 de abril de 2011, caso Schlumberger Venezuela S.A., N° 00441 del 6 de abril de 2011 caso Banco Federal, C.A. y N° 00796, del 08 de junio de 2011 caso Conindustria, entre otras, todas emanadas de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por considerar que en ellas se mantiene un criterio jurisprudencial violatorio de los principios y valores constitucionales consagrados en el preámbulo constitucional, y en los artículos 2, 19, 24, 82, 86 y 89 numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como fundamento de su pretensión señalan lo siguiente:

Que “[1]a decisión de la Sala Político-Administrativa cataloga como un tipo de tributo los aportes del Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) los cuales a juicio de la Sala deben regirse por la normativa tributaria, según lo dispuesto en el artículo 12 del Código Orgánico Tributario, omitiendo analizar y considerar toda la legislación en Materia de Seguridad Social dictada por la Asamblea Nacional y por el Poder Ejecutivo Nacional debidamente habilitado mediante Ley y, así se evidencia de la lectura de la reciente sentencia N° 00796, de fecha 08 de junio de 2011, que interpreta el numeral 1 del artículo 172 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y hábitat (2005), ya derogado”.

Que “la Sala Político-Administrativa no valoró los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 19 (garantía de los derechos humanos), 82 (Derecho a la Vivienda), 86 (Derecho a la Seguridad Social) y 89 numerales 2 y 3 (Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales e in dubio pro- operario)”.

Que [e]l criterio que prevalece en la sentencia objeto de la presente solicitud, y que ha sido reiterado en las decisiones que al respecto ha emanado la Sala, observamos que se interpreta la normativa jurídica sin considerar la jerarquía e importancia de esos valores y principios, siendo uno de ellos la garantía y respeto a los Derechos Humanos, y en este caso específicamente los Derecho a la Seguridad Social y la Vivienda digna como parte esencial del desarrollo del ser humano, el cual fue plasmado en nuestro Texto Fundamental de 1999. A continuación detallaremos las violaciones específicas a cada derecho”.

En cuanto al antes mencionado derecho a la seguridad social, señalan que “[d]esde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 las garantías al derecho a la Seguridad Social fueron ampliadas considerablemente y, se pasó a ser de una mera enunciación para ser el desarrollo de un sistema y la consagración de un Derecho Fundamental ubicado en el Capítulo V del Título III De los Derechos Sociales y de las Familias”.

Que la “Constitución establece específicamente ciertas materias como parte de la seguridad social como lo son, la salud, maternidad, educación, **vivienda**, entre otros, con ello podemos establecer una primera diferencia entre el Sistema de Seguridad Social y el Sistema Tributario, ya que en este segundo no existen materias específicas de atención sino que se orienta a buscar ‘la elevación del nivel de vida de la población’, siendo a su vez un deber de todos los Venezolanos coadyuvar con los gastos públicos a tenor de lo dispuesto en el artículo 133 Constitucional”.

Que “[a] lo largo de la evolución histórica de la sociedad, resultaría desacertado decir que el Sistema de Seguridad Social y el Tributario son una misma cosa, es así, que inclusive ambos surgen en momentos históricos muy diferentes siendo el tributario producto

de la imposición del poder (del Cesar o rey) mientras que el de seguridad social es una conquista de los menos favorecidos como consecuencia de la Revolución Francesa y la Revolución Industrial”.

Que “la Seguridad Social es: ‘(...) uno de los sistemas previsionales y económicos que cubren los riesgos a que se encuentran sometidas ciertas personas, principalmente los trabajadores, a fin de mitigar al menos, o de reparar siendo factibles, los daños y perjuicios y desgracias de que puedan ser víctimas involuntarias, sin mala fe, en todo caso’ (Cabanellas). De esta última definición observamos como ha evolucionado la concepción de Seguridad Social y los componentes que la conforman, entendiéndose hoy en día como parte de la gama de derechos sociales laborales (aunque no exclusivamente), por lo que se le aplicarían todos los principios que garantizan estos derechos¹¹, en especial la irrenunciabilidad de los mismos”.

Que “la Ley Orgánica de la Seguridad Social define a este sistema como un Servicio Público no lucrativo que comprende el conjunto integrado de sistemas y regímenes prestacionales, complementarios entre sí e interdependientes, destinados a atender las contingencias objeto de la protección de dicho Sistema, el cual está integrado a su vez (sólo a los fines organizativos) por los sistemas prestacionales de Salud, Previsión Social y Vivienda y Hábitat, mediante los cuales se brindará protección ante las contingencias amparadas por el mismo”.

Que, “visto lo expuesto podemos evidenciar, como la Sala declaró la naturaleza tributaria de los aportes del ahorro habitacional, siendo una de las características intrínsecas a los tributos la prescripción de los mismos, es por ello que como consecuencia a esa naturaleza, la Sala declara la prescripción de la obligación de enterar el dinero retenido a los trabajadores con ocasión al Ahorro Habitacional por parte del empleador,

sin ponderar el interés superior que representan y olvidando que ese aporte constituye la corresponsabilidad que tiene el trabajador y el empleador de cooperar conjuntamente con el Estado al logro de sus fines, olvidando aún mas que los recursos financieros de la seguridad social solo deben estar dirigidos a esos fines, en el presente caso a la obtención de una vivienda digna y segura para él y su grupo familiar, por lo que la prescripción de ese aporte constituye a nuestro juicio, un detrimento a los derechos de los ciudadanos y ciudadanas de la República, que viola un interés superior, que el Estado Venezolano en el marco de la Constitución y las Leyes a procurado dejar firme, para garantizar en todo momento una de las garantías Constitucionales más añoradas por nuestro pueblo, que es el acceso a una vivienda digna. A la sombra de la declaratoria de la prescripción, los responsables, se eximen de cumplir sus obligaciones con respecto al FAOV, en un claro detrimento del débil jurídico (El Trabajador Ahorrista), que ante la imposibilidad de poder reclamar lo que se le descontó y no se enteró por este concepto, se le limita indirectamente el acceso a una vivienda digna, por cuanto producto de la distorsionada aplicación de la prescripción tributaria, se encuentra en estado de insolvencia con el Fondo, requisito este indispensable para la solicitud de financiamientos con recursos provenientes del FAOV, lo que esta Honorable Sala conforme la competencia atribuida constitucionalmente está llamada a corregir”.

En lo que respecta al derecho a una vivienda digna, señalan que la “Carta Magna, reconoce a la Vivienda como un Derecho inalienable, intransferible e indivisible y de satisfacción progresiva estableciendo para ello una obligación compartida entre los particulares y el Estado, ordenando la creación de un sistema que permita a las familias especialmente las de bajos recursos a acceder a créditos para la adquisición, construcción y ampliación de sus viviendas”, idea que según los accionantes “(...) no se puede ver separada del Sistema de Seguridad Social, ya que precisamente el Constituyente las asocia, como parte de lo que consideramos un Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia, siendo así como la Sentencia de la Sala Constitucional N° 85 del 24 de enero de 2002, caso ASODEVIPRILARA”, la cual “(...) en el en el caso de los Créditos Indexados analizó lo concerniente **al rango constitucional de los créditos para la adquisición de la**

vivienda, por lo que la Sala Político- Administrativa debió necesariamente interpretar que el ahorro asociado al mismo, debe tener la misma jerarquía, no solo por considerar la jurisprudencia vinculante, sino por mandato constitucional expreso del artículo 82”.

En tal sentido, señalan que “*las nuevas Leyes creadas por el Estado para garantizar a los ciudadanos el derecho humano de tener una vivienda digna establecida en el artículo 82 constitucional, se cimientan sobre diversos principios a saber: (...) justicia social (...), progresividad (...), corresponsabilidad (...) y solidaridad; señalando que “(...) [c]onforme a estos principios principalmente se erigió la nueva concepción del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, como una fórmula para que el Estado conjuntamente con los ciudadanos y ciudadanas pudieran acceder a una vivienda digna”.*

Destacan en tal sentido la relevancia de “*los principios constitucionales en este nuevo sistema, ya que el Estado dentro de los diversos niveles de asistencia habitacional, estableció uno con características muy particulares, en el cual cobra gran significación los principios de corresponsabilidad y solidaridad, este sistema lo conocemos como ‘Ahorro Obligatorio para la Vivienda’ en el cual las personas que tengan relación de dependencia con sus empleadores o patronos, bien sean del sector público o del sector privado, aportan una pequeña cuota, con la finalidad de fomentar el ahorro de todas las personas hacia la adquisición, construcción, liberación, mejoras, sustitución, restitución, reparación y remodelación de la vivienda única y principal; servicios básicos esenciales, urbanismo y habitabilidad, a fin de facilitarles el ejercicio de ese derecho, independiente de sus condiciones laborales. Es decir que el Estado mediante el fomento del ahorro individual de las personas bajo relación de dependencia, incluye a estos ciudadanos activamente en la consecución de una vivienda digna (Corresponsabilidad), derecho garantizado por nuestra Carta Magna, pero también se incluye a los patronos en la consecución de este derecho, a través una pequeña cuota solidarizada que entraña el ejercicio de la Responsabilidad Social”.*

Con respecto a la naturaleza jurídica de los aportes al fondo de ahorro obligatorio para la vivienda, señalan que “*constitucionalmente las Cotizaciones de la Seguridad Social son un conjunto de prestaciones obligatorias que recaen en cabeza de los trabajadores y empleadores bajo la rectoría del Estado, lo cual a simple vista se asemeja mucho a la obligatoriedad con que el Poder Tributario del Estado exige a todos los ciudadanos cumplir con las cargas públicas o en palabras más simples pagar los tributos. Sin embargo, una semejanza de caracteres no es suficiente para afirmar que son iguales, ya que es más que obvio que funcionan bajo regímenes jurídicos diferentes, aunque orientados por el mismo principio de legalidad y obligatoriedad*”.

Que “*los ingresos del FAOV lo constituyen los aportes y ahorros de los obligados al mismo, algo muy diferente al concepto del pago del tributo el cual indudablemente ingresa al Tesoro Nacional y, se distribuye a través del Presupuesto de la Nación. Por la mera existencia de la obligatoriedad de la cotización no se puede obviar que las mismas tiene una finalidad constitucional expresa de la cual no pueden ser desviadas, circunstancia tal que el tributo no se configura ya que el empleo de los recursos financieros del Estado no se circunscribe solamente a lo social sino a todas aquellas áreas de interés para garantizar la sustentabilidad de nuestra economía*”.

Señalan que ello conlleva a que “[e]n Venezuela podemos encontrar que esta misma ampliación del concepto de Seguridad Social lo lleva a ser algo más que un sistema previsional (sic) dirigido al trabajador de pasar a ser un **sistema integral de asistencia social** para todos los ciudadanos sean trabajadores o no, inclusive si nos encontramos en ausencia de solvencia económica, nuestra constitución expresamente ordena que todos los ciudadanos sean incluidos dentro de la Seguridad Social, en este orden de ideas, también observamos que en materia de vivienda existe esa misma vocación constitucional al imponer

que el Estado debe garantizar los medios para que las familias accedan al crédito para viviendas”.

Señalan que “[e]s importante precisar que el constituyente de 1999 dejó plasmado la base de la seguridad social y conforme a ella debió hacerse en todo momento las interpretaciones de las cotizaciones de la misma en atención a un interés superior, en el caso de los aportes al Fondo de Ahorro para la Vivienda, estas distorsiones de interpretación llegaron a un nivel tan errado, que es por ello que efectuamos el presente recurso (sic) ya que el sentenciador obvió toda la especialidad del tema incluyendo los esfuerzos del Ejecutivo Nacional, cuando debidamente facultado para dictar leyes, resolvió el problema y muy sabiamente corrige de fondo sin lugar a equívocos la conceptualización y naturaleza del Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda y, por ende de los aportes que se hacen al mismo, en el Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, Gaceta Oficial No. 5.891, Extraordinaria, vigente para la fecha en que se produjo la sentencia recurrida tal y como ya hemos mencionado”.

Señalan que de dicho cuerpo normativo, específicamente de su exposición de motivos, así como de su artículo 104, se infiere que: “(...) existen los siguientes modos de financiamiento 1) los aportes fiscales, 2) los remanentes netos de capital destinados a la seguridad social, 3) los aportes parafiscales y 4) las cotizaciones obligatorias, donde ubicamos a los aportes al FAOV”.

*Señalando a su vez que en el artículo 112 de la mencionada norma “el legislador de manera expresa reconoce el carácter de **ahorro obligatorio** a las cotizaciones al Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat y su exclusión del Sistema Tributario, además de consagrar su base de cálculo con lo cual no queda lugar a dudas sobre el verdadero carácter*

de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), siendo ello así, esta Sala Constitucional debe reconocer la verdadera naturaleza del Ahorro Habitacional, ligada indivisiblemente al Derecho Humano a la vivienda digna. Visto lo anteriormente expuesto podemos concluir que los aportes a la Seguridad Social son “prestaciones obligatorias” las cuales tienen un fin estrictamente social y que resultaría imposible otorgarles otra naturaleza y mucho más aún aplicarles un régimen jurídico diferente al creado por disposición constitucional y desarrollado por el Legislador para tales fines, por lo que los conceptos expresados en la exposición de motivos de la ley la cual igualmente tiene carácter normativo debe ser el criterio válido de interpretación aplicable en el país”.

Dicho estos, los representantes de la parte actora insisten en “dejar claro que la naturaleza de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio, no nace de la reforma mencionada, sino que nace de la normativa Constitucional de 1999, que establece que la seguridad social es una de las garantías que debe proporcionar el Estado y por ende la vivienda como parte integrante e indivisible de los derechos humanos de los trabajadores a una vida digna y al buen vivir, postulados éstos que cobran en este momento un especial relevancia ya que garantizar la Vivienda representa uno de las metas fundamentales, en la cual el Gobierno en todas sus instancias se ha planteado solucionar, con un plan estratégico nacional en donde los órganos auxiliares de justicia no escapan del compromiso de cooperación institucional para el logro conjunto de estos fines y así solicitamos muy respetuosamente a esta digna Sala sea declarado”.

En lo referente al Fondo de Ahorro Obligatorio, señalan que “se origina de los aportes que efectúan los trabajadores y patrones, que se constituyen precisamente en un ahorro a favor del afiliado, que aunque obligatorio ya que emerge del Poder de Imperio del Estado, permite a los trabajadores ahorrar por sobre lo que cotizan obligatoriamente, para así retirar o reclamar llegado el momento, las cantidades equivalentes a las ahorradas o cotizadas por dichos trabajadores, para ser destinadas a cualesquiera de los supuestos de soluciones habitacionales consagrados en la Ley, (...) que se efectúa como un ahorro que

garantizará a los beneficiarios la disposición a futuro de sus haberes, dándoles el derecho de reclamar las prestaciones que se correspondan con las porciones aportadas o retenidas”.

Por ello, señalan, “[c]onfundir el sistema de la Seguridad Social, con otro sistema distinto y por ende la Naturaleza del FAOV, sería desconocer la propiedad de los trabajadores sobre los aportes habitacional y el carácter no lucrativo del sistema que es lo que permite el otorgamiento de créditos a los ahorristas muy por encima de los montos de sus haberes (...)”.

Por otro lado, señalan que les resulta incoherente que “(...) la interpretación de la base de cálculo para los aportes se haya hecho alejada de lo que establecía dicha ley especial, en el caso que nos ocupa Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat 2005 y 2008, ambas establecen una base de calcula distinta al salario normal que es el empleado para el cálculo de las obligaciones tributarias, en la del 2005 hablaba de ingreso total mensual y la vigente habla de salario integral como base de cálculo para las cotizaciones del fondo, ello en principio por la potestad de establecer la base de cálculo, emanada por la norma Orgánica y en segundo lugar como base correcta que sustenta la disponibilidad y fluctuación de los recursos financieros necesarios para el fondo, ya que permite que dichos recursos se usen para el financiamiento justo de créditos para todo el universo de personas que cotizan en el mismo”.

Señalando al respecto que “el Legislador expresamente estableció una base de cálculo distinta al salario normal que contemplaba el artículo 36 de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial N° 37.066 de fecha 30 de octubre de 2000, base que amplió primeramente con la promulgación de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicada en la Gaceta Oficial de la República

Bolivariana de Venezuela N° 38.182, de fecha 9 de mayo de 2.005, y reimpressa por error material en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.204 de fecha 8 de junio de 2005 (...)”.

En tal sentido, aducen que “*si el legislador hubiera querido establecer el salario normal como base de cálculo para el Ahorro Habitacional, lo hubiere hecho expresamente y ello no ocurrió así, por tanto debemos considerar que su intención fue precisamente cambiarla por una más amplia que garantizara el flujo de recursos adecuado para el FAOV y su rentabilidad, no para financiar la actividad de algún ente del Estado, sino para procurar el acceso a una Vivienda digna a la mayor cantidad de ahorristas posible, mediante el crédito hipotecario y en atención al artículo 82 constitucional*”.

De todo lo antes señalado, aducen que la Sala Político Administrativa omitió en sus consideraciones el contenido del artículo 24 constitucional en concordancia con el cardinal 3 del artículo 89, lo que para la parte actora ha debido representar el fundamento interpretativo de todos los planteamientos hechos. En tal sentido, señalan que ese “*error omisivo en el criterio de interpretación y aplicación de la norma más favorable y que además era la vigente al momento de sentenciar fue determinante a la hora de decidir la causa, ya que la misma fue tratada como un caso más de un indefenso particular en contra de una actuación administrativa en ejercicio del Poder Tributario del Estado y no la exigencia del Estado del cumplimiento de una obligación legal al particular para garantizar los fondos de ahorro obligatorio para la vivienda de lo trabajadores como parte del derecho constitucional a la seguridad social, recordando que este constituye un derecho humano fundamental irrenunciable, indivisible e interdependiente, cuya interpretación debe hacerse de forma progresiva en observación estricta del texto constitucional*”.

Por último señalan que es *“imprescindible en este punto traer a colación el imperio de la norma constitucional, cuando el Constituyente del 1999, ordenó que dichos recursos fueran dirigidos exclusivamente para tales fines, por lo que se crean todos los fondos de ahorro y previsión existentes en el Sistema de la Seguridad Social entonces, al permitir que esos recursos los cuales quedaron suspendidos en el tiempo no se destinaron al cumplimiento de su finalidad, por lo que nos preguntamos si no se podría configurar el supuesto de hecho del delito de la apropiación indebida calificada previsto en el artículo 470 del Código Penal Venezolano, por lo que también cabe cuestionar para que fueron utilizados por el empleador dichos recursos”*.

Dicho esto, tenemos que la pretensión de la parte actora está referida a:

- 1) Solicitan la *“la suspensión de todas las causas en proceso en contra del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat y el avocamiento a las que están en curso en la Sala Político- Administrativa y en cualquier otro tribunal de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo objeto sea el mismo que el de la sentencia en revisión”*.
- 2) Que *“ORDENE a todos los sujetos obligados a DEPOSITAR los aportes al mencionado Fondo conforme al procedimiento aplicable desarrollado en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.889 ambas del 31 de julio del 2008, y demás normativas de rango sublegal emanada del Ministerio del Poder Popular de Vivienda y Hábitat”*.
- 3) Se *“ACUERDE una experticia contable complementaria del fallo o cualquier otro mecanismo que permita determinar las sumas que deben cancelar los recurrentes de los actos administrativos anulados por la Sala Político-*

Administrativa, en aplicación del criterio cuya revisión se solicita, más los rendimientos que se pudieran haber generado”.

- 4) Solicitan se *“efectúe una armonización de los textos legales vigentes con los postulados constitucionales de conformidad con la atribución conferida a esta máxima instancia en su artículo 335 Constitucional, en correspondencia a los fundamentos reales que sustentan la base de nuestra Seguridad Social”.*

- 5) Solicitan se declare la imprescriptibilidad de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda.

II

DEL FALLO OBJETO DE REVISIÓN

Vista la fundamentación realizada por la parte actora en la presente causa, pasa esta Sala a transcribir parcialmente, la motivación realizada por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia en la decisión sobre la cual se solicita revisión constitucional. En tal sentido, tenemos que la decisión en cuestión señaló:

“Del presunto vicio de incongruencia negativa.

Sobre el particular, la sociedad mercantil apelante alegó que la sentencia impugnada no conoció lo alegado en el recurso contencioso tributario, relativo a la falta de aplicación del artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.

Así, se observa que a tenor de lo previsto en el ordinal quinto del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, toda sentencia deberá contener decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o

defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse la instancia; es criterio de la Sala, respecto al dispositivo normativo citado, que la decisión no debe contener expresiones o declaratorias implícitas o sobreentendidas; por el contrario la sentencia debe ser manifestada en forma comprensible, cierta y asertiva, que no dé lugar a dudas, incertidumbres, insuficiencias, oscuridades o ambigüedades, para lo cual debe ser exhaustiva, es decir, pronunciarse sobre todos los pedimentos formulados en el debate, para que se entienda que dirime cabalmente el thema decidendum. (Ver fallo N° 00659 del 7 de julio de 2010, caso: Transporte Premex, C.A.).

En este sentido, para que la sentencia sea válida y jurídicamente eficaz, debe ser autónoma, es decir, tener fuerza por sí sola; en forma clara y precisa, debe resolver todos y cada uno de los puntos sometidos a su consideración, sin necesidad de nuevas interpretaciones, ni requerir del auxilio de otro instrumento; requisitos éstos cuya inobservancia infringiría el principio de exhaustividad, incurriendo así en el vicio de incongruencia, el cual se origina cuando no existe la debida correspondencia formal entre lo decidido y las pretensiones y defensas de las partes, manifestándose tal vicio cuando el juez con su decisión modifica la controversia judicial debatida, bien porque no se limitó a resolver sólo lo pretendido por las partes, o bien porque no resolvió sobre algunas de las pretensiones o defensas expresadas por los sujetos en el litigio. El primer supuesto constituye la incongruencia positiva, y el segundo la incongruencia negativa, que se verifica cuando la decisión omite el debido pronunciamiento sobre algunos de los alegatos fundamentales pretendidos por las partes en la controversia judicial.

Analizado lo anterior, observa la Sala que el fallo dictado por el tribunal de instancia declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso tributario interpuesto por la sociedad mercantil Banco del Caribe, C.A., Banco Universal por considerar que no existió ausencia de procedimiento administrativo y concluir, tomando como base para su decisión criterios jurisprudenciales reiterados por este Máximo Tribunal, que el acto administrativo recurrido emanado de la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de la Vivienda y Hábitat (BANAVIH), así como el Acta de Fiscalización que lo originó, estaban viciados de falso supuesto de derecho, al haberse tomado como base de cálculo de los aportes debidos al ente parafiscal el ingreso total mensual, cuando debieron ser calculados conforme al salario normal de los trabajadores.

Con relación a la aplicación o no del artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, evidencia esta Máxima Instancia que el juzgador de origen indicó, en lo referente al modo de cálculo de la base imponible del aporte en referencia, lo que se reproduce a continuación:

(...) En lo que respecta a la determinación de la base de cálculo de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), es decir, si comprende esta (al referirse la Ley del Régimen Prestacional para la Vivienda y Hábitat al 'ingreso total mensual'), el 'salario' o el 'salario normal' del trabajador, punto necesariamente a resolver, es preciso traer a

colación el contenido del Parágrafo Cuarto del mismo Artículo 133, el cual dispone (...):

Otro aspecto orientador sobre la correcta interpretación de las normas sobre la contribución parafiscal del Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda administrado por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), parte del contenido del Artículo 203 constitucional referido a las leyes orgánicas, las cuales son definidas como aquellas -entre otras- que ‘...sirven de marco normativo de otras leyes...’.

En este sentido, **la ley marco de esta contribución parafiscal es la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y sobre la materia de salarios, el mencionado texto orgánico cuando señala límites en las cotizaciones hace referencia al salario mínimo urbano, el cual puede ser incrementado o disminuido según sea el caso, ‘...conforme a lo establecido en las leyes especiales de los regimenes prestacionales...’.**

Conforme a lo anteriormente expresado, sería contrario al sistema jerárquico de las normas, que una ley que es consecuencia del marco normativo de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, como lo es la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, tenga una base de cálculo de la contribución parafiscal que excede los parámetros de la ley que sirve de marco, contrariando a su vez el contenido del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En consecuencia, es evidente que de ingreso total mensual, la norma se refiere al concepto de salario normal, lo contrario sería aceptar que una ley no orgánica pueda derogar una de naturaleza orgánica por definición del texto constitucional.

Así tenemos, que esta disposición encuadra perfectamente en el aspecto debatido en el presente caso, por cuanto, los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), constituyen contribuciones parafiscales, por lo que al encontrarse insertas las contribuciones en dicha disposición, entonces, las mismas deben calcularse considerando el salario normal del trabajador en atención a la acepción de salario normal establecida en el Parágrafo Segundo del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo (...). (Resaltado de esta Alzada).

Visto el anterior pronunciamiento, esta Alzada es del criterio que el mismo comporta la respuesta del alegato esgrimido en el recurso contencioso tributario, al afirmar que el salario mínimo urbano es la base para determinar el aporte controvertido. Por ende, se desestima el vicio de incongruencia negativa denunciado por la contribuyente sobre el mencionado punto. Así se establece.

Ahora bien, corresponde a esta Alzada pronunciarse en torno al fondo del asunto en controversia, conforme a lo alegado por la aportante en su escrito de apelación y a tal efecto observa:

La ‘ausencia del procedimiento’ legalmente establecido, respecto a la fiscalización llevada a cabo por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH).

Con relación a tal alegato, afirmó la aportante que el juzgador de instancia ‘(...) decidió erróneamente la aplicación de un procedimiento distinto al establecido en el Código Orgánico Tributario, aún y cuando reconoce que el aporte al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda tiene carácter tributario y por ende debería el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) seguir el procedimiento establecido en el Código Orgánico Tributario, al realizar una fiscalización (...)’.

Así, indica que ‘(...) el Tribunal (...) obvió deliberada y totalmente la aplicación del procedimiento antes esbozado [lo cual] implica que se le prohibió a [su] representada, la posibilidad de hacer uso de una etapa esencial del procedimiento previsto en el Código Orgánico Tributario, supuesto que indudablemente debe ser considerado como un vicio procedimental, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 240 del Código Orgánico Tributario (...)’.

Visto el argumento precedentemente expuesto, esta Máxima Instancia en sentencias Nros. 00913 del 18 de junio de 2009, caso: Vicson, C.A., 01127 del 29 de julio de 2009, caso: Estructuras Nacionales, S.A. (ENSA), y 01540 del 28 de octubre de 2009, caso: Alimentos Kellogg, S.A., señaló que el procedimiento a seguir por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), para llevar a cabo sus facultades de fiscalización y determinación de la contribución parafiscal de Ahorro Obligatorio para Vivienda, debe ser efectuado conforme a lo establecido en los artículos 177 y siguientes del vigente Código Orgánico Tributario de 2001.

Circunscribiéndonos al presente caso, observa esta Alzada que la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat emitió el 11 de junio de 2008 la Resolución N° 000259, que confirmó el resultado del Acta de Fiscalización N° 160 de fecha 28 de mayo de 2008, en la cual la actuación fiscal determinó diferencias en los aportes de la contribuyente Banco del Caribe, C.A., Banco Universal, correspondientes a los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008. Contra dicha Resolución la contribuyente ejerció el recurso contencioso tributario.

Ahora bien, observa esta Alzada que la determinación llevada a cabo por la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), fue realizada desde el punto de vista sustantivo, con fundamento en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional y la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat del año 2005, las cuales no poseen un procedimiento especial para llevar a cabo dicha facultad de fiscalización y determinación. Asimismo, no se desprende del contenido de los actos administrativos identificados anteriormente que se haya aplicado el procedimiento general establecido en los artículos 177 y siguientes del vigente Código Orgánico Tributario.

Por su parte, el tribunal de origen se pronunció sobre el mencionado punto, indicando que ‘(...) Al encontrarse sentado el criterio de que las contribuciones al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) detentan un carácter netamente tributario, corresponde al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat

(BANAVIH), en principio, aplicar el Procedimiento de Fiscalización y Determinación previsto en los artículos 177 al 193 del Código Orgánico Tributario, todo ello de conformidad con el Artículo 1 del mismo Código (...). Quien aquí decide puede colegir de lo expuesto, que en el caso bajo análisis la recurrente no puede alegar la violación de su derecho al debido proceso, cuando se demuestra que efectivamente pudo ejercer sus defensas mediante la interposición del presente Recurso Contencioso Tributario, menos aún, puede considerar que hubo violación al debido procedimiento al dictar el acto impugnado, cuando ciertamente el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) aplicó un procedimiento administrativo y le notificó el Acta de Fiscalización levantada, informándole de los recursos que podría ejercer en su contra, que si bien es cierto no es el procedimiento que instituye el Código Orgánico Tributario, dicho procedimiento tampoco vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa que asisten a la recurrente, por cuanto tuvo la oportunidad de controvertirlos y, por lo tanto, de ejercer su derecho a la defensa; tomando en consideración igualmente, que la Ley especial que regula esta materia (Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat) no establece un procedimiento administrativo específico para estos casos (...)'.

Ahora bien, en cuanto al debido proceso la jurisprudencia de esta Máxima Instancia ha sido pacífica al sostener que éste constituye una de las manifestaciones más relevantes del derecho a la defensa, debiendo entenderse por consiguiente, que la ausencia de procedimiento -en principio- entraña la nulidad de los actos que se dicten bajo tales parámetros, pues en efecto, en tal supuesto el administrado se ve imposibilitado de hacer valer sus derechos e intereses en contra del actuar administrativo.

En efecto, sobre el tema en comentario esta Alzada ha destacado que los referidos postulados constitucionales (derecho a la defensa y al debido proceso) implican la posibilidad de ser oído, dado que en caso contrario, no puede hablarse de defensa alguna; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa a los efectos de que le sea posible al particular, presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento (más aún cuando éste se halla iniciado de oficio); el derecho a tener acceso al expediente, con el propósito de examinar en cualquier estado de la causa las actuaciones que la componen; el derecho del administrado a presentar pruebas tendentes a enervar las actuaciones administrativas que se le imputan; el derecho a ser informado de los recursos y medios de defensa que le asisten y, por último, el derecho a recibir oportuna respuesta a sus solicitudes.

En el presente caso se observa que tanto el Acta de Fiscalización N° 160 del 28 de mayo de 2008, como el acto administrativo signado con el N° 000529 de fecha 11 de junio de 2008, emitidos por la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), fueron debidamente notificados a la contribuyente en fechas 28 de mayo de 2008 y 11 de junio de 2008, respectivamente; que en las mismas se le informó a la empresa los medios que procedían contra ellas (artículo 85 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos); y que la contribuyente presentó en fecha 16 de julio de 2008, recurso contencioso tributario ante los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

De esta forma, juzga la Sala que si bien resulta cierto que el presente caso se inició con motivo de la fiscalización practicada por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), que dio como resultado la determinación de las obligaciones de la empresa por concepto de 'diferencias en aportes a depositar' y 'rendimientos a depositar' al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), la cual debió tramitarse, en principio, bajo el procedimiento descrito en los artículos 177 y siguientes del Código Orgánico Tributario vigente (por poseer los aportes al FAOV naturaleza tributaria, como se ha declarado en causas similares), por ser éste el instrumento normativo general de la materia tributaria y frente a la ausencia de una regulación específica prevista en la normativa que establece la contribución parafiscal en referencia (Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat), tal circunstancia no puede llevar a considerar que en dicho supuesto se materializó una ausencia de procedimiento capaz de viciar de nulidad el acta y el oficio impugnados.

En este contexto, debe resaltarse una vez más que la falta de procedimiento capaz de producir la nulidad de un acto administrativo, debe ser de naturaleza absoluta, cual es aquélla en la que no se le permitió al administrado en forma alguna conocer de los hechos que se le imputan ni ser oído o poder defenderse, tal como se indicara supra, al destacar el alcance y comprensión de los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, y como ha sido sostenido por esta Sala al indicar que 'sólo constituyen vicios que acarrear la nulidad absoluta del acto aquéllos que tengan relevancia y provoquen una lesión grave al derecho de defensa, además de los que representen una arbitrariedad procedimental evidente'. (Vid sentencias N° 1.970 del 17 de diciembre de 2003, caso: Calzados Santa Ninfa, C.A., N° 1.110 del 04 de mayo de 2006, caso: Fabio Sgalla Vecino, N° 01552 del 4 de noviembre de 2009, caso: Banco Plaza, C.A., N° 00152 del 11 de febrero de 2010, caso: Carrocerías Andinas, C.A. y N° 00537 del 9 de junio de 2010, caso: Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & CIA).

Por tales razones, considera esta Sala que en el presente caso sí hubo un procedimiento que -aunque distinto al previsto en el Código Orgánico Tributario vigente- frente a la ausencia de una regulación específica contenida en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, permitió a la sociedad mercantil Banco del Caribe, C.A., Banco Universal, conocer el contenido de los actos administrativos dictados por el BANAVIH, los mecanismos recursivos que procedían en su contra y defenderse con los argumentos que estimó pertinentes, por lo que se confirma lo indicado por el a quo con relación al presente punto y se desecha el alegato esgrimido por la aportante, sobre la presunta ausencia de procedimiento. Así se decide.

Base imponible para calcular los aportes al FAOV. Errónea aplicación del parágrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo

Por otra parte, aduce la representación de la aportante que se aplicó erróneamente el parágrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, porque '(...) el sentenciador se contradice en cuanto a la aplicación de la base imponible de las contribuciones al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda [al tratar] de expresar que con la entrada en vigencia de las normas que contempla la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (...) que sustituyó a la regulación establecida en

el derogado Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (...) se cambia la base imponible para el cálculo del tributo allí incluido, pues en la normativa de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat se incluye el concepto de 'ingreso total mensual' como base de cálculo de la contribución (...)'.

En lo referente a este punto, se observa que los aportes supuestamente omitidos abarcan períodos fiscales comprendidos entre los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, en los cuales estuvieron vigentes diversas leyes que regulaban tal contribución parafiscal; motivo por el cual debe procederse a delimitar la base legal aplicable y, posteriormente, determinar si la base imponible para el cálculo del mencionado tributo la constituye el ingreso total mensual o el salario normal.

En tal sentido, la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.066 del 30 de octubre de 2000), en su artículo 36 disponía lo siguiente:

***Artículo 36.**- El aporte obligatorio de los empleados y obreros estará constituido por el uno por ciento (1%) de su remuneración, y el de los empleadores o patronos estará constituido por el dos por ciento (2%) del monto erogado por igual concepto. Los empleadores o patronos deberán retener las cantidades a los trabajadores, efectuar sus propias cotizaciones y depositar dichos recursos en la cuenta única del Fondo Mutual Habitacional a nombre de cada empleado u obrero dentro de los primeros siete (7) días hábiles de cada mes, a través de la institución financiera receptora (...).*

***La base de cálculo del aporte al Fondo Mutual Habitacional será el salario normal que perciba el trabajador de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo (...).** (Destacado de la Sala).*

Asimismo, la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.204 el 8 de junio de 2005) y la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.591 del 26 de diciembre de 2006), en su artículo 172, de similar redacción, pautaba lo siguiente:

***Artículo 172.**- La cuenta de ahorro obligatorio para la vivienda de cada trabajador en el Fondo, como cuenta de ahorro individual, reflejará desde la fecha inicial de incorporación del trabajador al ahorro habitacional:*

- 1. **El aporte mensual en la cuenta de cada trabajador equivalente al tres por ciento (3%) del ingreso total mensual,** desglosado por cada uno de los aportes de ahorro obligatorio realizado por el trabajador y por cada una de las contribuciones obligatorias del patrono al ahorro del trabajador.*
- 2. **Los rendimientos generados mensualmente** por las colocaciones e inversiones del Fondo, asignados al trabajador, desde la fecha inicial de su incorporación al ahorro habitacional (...).* (Destacado de la Sala).

Por su parte, la Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 133, párrafos segundo y cuarto, establece lo siguiente:

***Artículo 133.**- Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre*

que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.

(...)

Parágrafo Segundo.- A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial.

(...)

Parágrafo Cuarto.- Cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó (...). (Destacado de la Sala).

Respecto al concepto de salario normal, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en su sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, caso: Adriana Vigilanza García y Carlos A. Vecchio, interpretó el sentido y alcance de la proposición contenida en el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, cuestión que resulta aplicable al presente caso. Dicha decisión señaló lo siguiente:

‘(...) la Sala es de la opinión que la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones -si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos.

Por tal razón, con el objeto de adecuar el régimen impositivo a la renta aplicable a las personas naturales con ocasión de los ingresos devengados a título salarial, con los presupuestos constitucionales sobre los que se funda el sistema tributario; ponderando, por una parte, el apego al principio de justicia tributaria y, por la otra, la preservación del principio de eficiencia presente en tales normas, en los términos bajo los cuales han sido definidos a lo largo de este fallo, esta Sala Constitucional modifica la preposición del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta (...), la cual además se adecua a la letra y espíritu del parágrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone ‘cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó’. Así se decide’.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reafirmó el citado criterio, cuando en su sentencia N° 390 del 9 de marzo de 2007, caso: Carlos Alberto Peña, Gustavo E. Fernández M., Migderbis Morán y Marylin Pérez Terán (aclaratoria del fallo antes transcrito), expresó lo que se transcribe a continuación:

*‘(...) Resalta la Sala, 1) que esta decisión se refiere al régimen impositivo de los asalariados, esto es, de quienes perciben un salario por la prestación de un servicio; y 2) **que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal**’.*

Sobre este particular, esta Máxima Instancia en reiterada jurisprudencia ha sentado su opinión al respecto, manifestando que las utilidades (entre otros conceptos no regulares ni permanentes) no forman parte del salario normal, visto que se trata de remuneraciones complementarias y aleatorias, en tanto que la empresa haya obtenido beneficios, sólo pagaderas en proporción a los meses de servicios prestados, no así en función de la jornada diaria de trabajo, debiendo excluirse por consiguiente, del cálculo del salario normal todos aquellos beneficios o prestaciones obtenidas por los trabajadores de manera esporádica, accidental o respecto de los cuales no exista seguridad o certeza en cuanto a su percepción. (Vid sentencias N° 00290 del 15 de febrero de 2007, caso: Digas Tropiven, S.A.C.A.; N° 01540 del 3 de diciembre de 2008, caso: Cotécnica Caracas, C.A.; N° 00273 del 26 de febrero de 2009, caso: H.L. Boulton & CO, S.A.; N° 00296 del 4 de marzo de 2009, caso: C.A. La Electricidad de Caracas; N° 00761 del 3 de junio de 2009, caso: Comunicaciones Corporativas C.C.D., C.A., entre otras).

En cuanto a los conceptos referentes a: horas extras, bono nocturno, bono vacacional, bonificaciones especiales, ancla (bonificación especial), ECU (esquema complementario de utilidades), utilidades y vacaciones, ha estimado esta Alzada valederas las mismas consideraciones formuladas en torno a la gravabilidad de las utilidades, vale decir, que los mismos no están incluidos dentro de las definiciones de salario ni sueldos, por cuanto se trata de remuneraciones complementarias de carácter accidental o extraordinario dirigidas a beneficiar una situación especial de los empleados, pero que no implican un pago regular, como consecuencia de las labores ejecutadas por éstos durante la jornada ordinaria de trabajo. (Vid sentencia N° 00761 del 3 de junio de 2009, caso: Comunicaciones Corporativas C.C.D., C.A.). Aplicando la normativa antes transcrita así como los citados criterios jurisprudenciales al caso bajo análisis, concluye esta Sala al igual que lo hizo en un caso similar al de autos (Vid sentencia No. 01102 de fecha 22 de julio de 2009, caso: Vehicle Security Resources de Venezuela, C.A.) que, conforme fue apreciado por el tribunal a quo, resulta improcedente la exigencia de la diferencia de aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, correspondientes a los períodos impositivos fiscalizados por la cantidad de dos millones setecientos treinta y cuatro mil ochocientos sesenta y cinco bolívares con dos céntimos (Bs.F. 2.734.865,02), considerados omitidos por el acto recurrido, por cuanto se constató que el Banco Nacional de la Vivienda y el Hábitat (BANAVIH) añadió dentro de la base imponible de los referidos aportes, entre otras, las partidas horas extras, bono nocturno, bono vacacional, bonificaciones especiales, ancla (bonificación especial), ECU (esquema complementario de utilidades), utilidades y vacaciones antes identificadas, las cuales, tal como fue expresado precedentemente, no deben incluirse por no

encontrarse contenidas dentro de la base de cálculo del citado aporte patronal, que se encuentra delimitado por el salario normal a que hace alusión el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara.

Por otra parte, en cuanto a los 'rendimientos' sobre aportes omitidos por el monto de quinientos cuarenta y dos mil ochocientos ochenta y un bolívares con sesenta y nueve céntimos (Bs.F. 542.881,69), observa esta Sala que en atención a la declaratoria de improcedencia de la diferencia de aportes exigida en el acto recurrido, los accesorios determinados a la obligación principal deben ser declarados igualmente improcedentes. En consecuencia, se declara procedente el alegato de la contribuyente aportante sobre el particular, y se revoca del fallo apelado lo señalado acerca de la pertinencia del concepto mencionado. Así se establece.

*Con fundamento en lo indicado anteriormente, concluye este Máximo Tribunal que la fiscalización y determinación realizada por la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), la cual comenzó con el Acta de Fiscalización N° 160 de fecha 28 de mayo de 2008 y culminó con la Resolución N° 000259 del 11 de junio de 2008, está viciada de nulidad, al haber incluido diferencias correspondientes a los aportes presuntamente no depositados por la sociedad mercantil Banco del Caribe, C.A., Banco Universal desde el año 2002 hasta el año 2008, más los rendimientos calculados, añadiendo dentro de la base imponible de las referidas contribuciones parafiscales, partidas que, como se ha indicado, no deben incluirse por no encontrarse contenidas dentro de la base de cálculo del citado aporte, delimitado por el **salario normal**.*

En consecuencia, esta Sala declara parcialmente con lugar la apelación interpuesta por la contribuyente aportante, y confirma en los términos expuestos la sentencia N° 009/2010 dictada por el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 23 de febrero de 2010, en la cual se declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso tributario incoado. Así se determina.

Resuelto lo anterior, esta Sala advierte que el pronunciamiento realizado por el tribunal a quo atinente a la prescripción de los ejercicios impositivos 2002 y 2003 no fue apelado por la representación judicial del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), por lo que en principio quedaría firme; sin embargo, visto que tales declaratorias resultaron desfavorables a los intereses de dicho Organismo, y que de conformidad con el artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2008, el BANAVIH '(...) gozará de las prerrogativas, privilegios y exenciones de orden fiscal, tributario, procesal y de cualquier otra índole que la Ley otorgue a la República', la Sala debe conocer en consulta el mencionado punto, atendiendo a la prerrogativa prevista en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, siempre y cuando concurran los extremos jurisprudencialmente exigidos para su procedencia, los cuales fueron plasmados por esta Sala Político-

Administrativa en las sentencias Nros. 00566, 00812 y 00911 de fechas 2 de marzo de 2006, 9 de julio y el 6 de agosto de 2008, casos: Agencias Generales Conaven, S.A., Banesco Banco Universal, C.A. e Importadora Mundo del 2000, C.A., respectivamente; y en la sentencia Nro. 2.157 del 16 de noviembre de 2007, emanada de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, caso: Nestlé de Venezuela C.A.

En orden a lo anterior, de las decisiones antes señaladas se extraen los requisitos siguientes:

1.- Que se trate de sentencias definitivas o interlocutorias que causen gravamen irreparable, revisables por la vía ordinaria del recurso de apelación.

2.- Que la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 U.T.) cuando se trate de personas naturales; y de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) cuando se trate de personas jurídicas.

3.- Que las sentencias definitivas o interlocutorias que causen gravamen irreparable resulten contrarias a las pretensiones de la República.

Al circunscribir el citado criterio jurisprudencial al caso bajo análisis, la Sala constata lo siguiente: a) se trata de una sentencia definitiva; b) la cuantía de la presente causa asciende a la cantidad de tres millones doscientos setenta y siete mil setecientos cuarenta y seis bolívares con setenta y un céntimos (Bs. 3.277.746,71), equivalentes a 50.426,872 U.T., monto que excede las quinientas unidades tributarias (500 U.T.) exigidas como elemento cuantitativo para la fecha en que se dictó la decisión del tribunal de instancia (23 de febrero de 2010); c) la sentencia objeto de consulta resultó parcialmente contraria a las pretensiones del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), el cual como quedó sentado en líneas anteriores goza de las mismas prerrogativas de la República; razón por la cual a juicio de esta Alzada procede la consulta. Así se declara.

De la prescripción de la obligación tributaria.

Al respecto, esta Sala observa que dicho medio extintivo de las obligaciones tributarias se encuentra previsto en los artículos 55 y 56 del Código Orgánico Tributario de 2001, aplicables en razón de su vigencia temporal a los ejercicios impositivos 2002 al 2003. Tales normas son del tenor siguiente:

'Artículo 55.- *Prescriben a los cuatro (4) años los siguientes derechos y acciones:*

1.-El derecho para verificar, fiscalizar y determinar la obligación tributaria con sus accesorios.

2.-La acción para imponer sanciones tributarias, distintas a las penas restrictivas de la libertad.

3.-El derecho a la recuperación de impuestos y a la devolución de pagos indebidos'.

***‘Artículo 56.-** En los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior, el término establecido se extenderá a seis (6) años cuando ocurran cualesquiera de las circunstancias siguientes:*

1. El sujeto pasivo no cumpla con la obligación de declarar el hecho imponible o de presentar las declaraciones tributarias a que estén obligados.

2. El sujeto pasivo o terceros no cumplan con la obligación de inscribirse en los registros de control que a los efectos establezca la Administración Tributaria.

3. La Administración Tributaria no pudo conocer el hecho imponible, en los casos de verificación, fiscalización y determinación de oficio.

4. El sujeto pasivo haya extraído del país los bienes afectos al pago de la obligación tributaria, o se trate de hechos imposables vinculados a actos realizados o a bienes ubicados en el exterior.

5. El contribuyente no lleve contabilidad, no la conserve durante el plazo legal o lleve doble contabilidad’.

Asimismo, a los fines computar dicho lapso y considerando que el tributo de autos es de liquidación periódica, el artículo 60 del citado Código, de idéntica redacción, dispone lo siguiente:

‘...Para los tributos cuya liquidación es periódica, se entenderá que el hecho imponible se produce al finalizar el período respectivo...’.

En este contexto normativo aprecia la Sala en el presente caso que el hecho imponible, es el aporte parafiscal debido al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) liquidable mensualmente y cuyo lapso de prescripción, en consecuencia, comienza a correr una vez concluido cada período impositivo.

En consecuencia, desde febrero de 2002 -fecha de inicio del lapso de prescripción del tributo correspondiente al mes de enero de 2002- hasta el 28 de mayo de 2008 momento en que fue levantada y notificada el Acta de Fiscalización, no se produjo alguno de los supuestos de interrupción o suspensión de la prescripción previstos en los artículos 61 y 62 del Código Orgánico Tributario de 2001, razón por la cual la Sala concluye que transcurrió pacíficamente el lapso prescriptivo de cuatro (4) años. Así se declara.

Con base en los razonamientos esgrimidos, esta Sala encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de consulta en lo relativo al pronunciamiento efectuado por el tribunal a quo en lo atinente a la prescripción de los períodos impositivos indicados. Así se declara.

Una vez transcrita parcialmente la fundamentación de la sentencia sobre la cual se solicita revisión, pasa esta Sala a verificar su competencia para conocer de la presente causa.

III

DE LA COMPETENCIA

Debe esta Sala determinar su competencia para conocer la presente solicitud de revisión y al respecto observa que conforme lo establece el cardinal 10 del artículo 336 de la Constitución, la Sala Constitucional tiene atribuida la potestad de “(...) *revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (...)*”.

Asimismo, en el fallo N° 93 del 6 de febrero de 2001 (caso: “Corpoturismo”), esta Sala determinó su potestad extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, de revisar las siguientes decisiones judiciales:

- “(...) 1. *Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.*
2. *Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.*
3. *Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.*
4. *Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan*

obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional (...)”.

Igualmente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el cardinal 11 del artículo 25, establece lo siguiente:

“Artículo 25.- Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

...omissis...

11. Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales”.

Ahora bien, en el caso de autos, se solicitó la revisión de la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1202 del 25 de noviembre del 2010, así como de las demás decisiones dictadas en base al mismo precedente; en tal sentido, esta Sala se declara competente para conocer de la presente solicitud. Así se decide.

V

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Llevado a cabo el estudio individual del expediente, la Sala pasa a decidir y, en tal sentido, observa:

Como punto previo, debe esta Sala Constitucional hacer referencia al escrito de adhesión presentado en fecha 22 de noviembre de 2011 por la Defensora del Pueblo y demás representantes de dicha Institución, con fundamento en lo establecido en el artículo 280 y

los cardinales 1 y 3 del artículo 281 de la Constitución, en concordancia con el cardinal 2 del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Dicho escrito tiene como finalidad destacar dos temas relevantes de la solicitud de revisión presentada por la representación del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, como lo son: la naturaleza jurídica de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), y el análisis sobre la prescripción de los mismos de acuerdo a lo establecido en el Código Orgánico Tributario.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), señalan que éstos deben ser considerados como ahorros, diferenciándolos de las contribuciones parafiscales en tanto y en cuanto los recursos aportados corresponsablemente entre los trabajadores y trabajadoras y, patronos y patronas pasan a ser propiedad del trabajador y no del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH).

En tal sentido, señalan que “(...) *los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV) son una categoría especial de ahorro, distinta a los tributos y pudiera serle aplicable una legislación diferente a la tributaria, dado que vienen a representar un ahorro –en sentido lato- propiedad de las trabajadoras y los trabajadores de Venezuela y una obligación para el patrono, de los que puede disponer cada trabajadora o trabajador con un fin eminentemente social, tal como lo es la adquisición, construcción, liberación, sustitución, restitución, reparación y remodelación del inmueble, servicios básicos esenciales, urbanismo, habitabilidad, medios que en definitiva, permitan un hogar digno para las familias venezolanas (...)*”.

En cuanto a la prescripción de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), señala la representación de la Defensoría del Pueblo que la misma debe ser analizada con fundamento en los principios de solidaridad y corresponsabilidad, así como del derecho a la vivienda y el derecho a la seguridad social, todos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto señalan que “(...) *en un Estado Social de Derecho, no puede ni debe permitirse que las obligaciones patronales prescriban, en claro detrimento de los derechos de las trabajadoras y los trabajadores*”.

Señalan que declarar prescriptibles los aportes hechos al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV) implicaría dejar “(...) *en el limbo la posibilidad real de que los trabajadores y trabajadoras puedan acceder a créditos para adquirir, comprar, remodelar sus viviendas*”. Que con ello se vulnerarían los principios de solidaridad y corresponsabilidad; se retornaría a una concepción del Estado donde se promovería, fomentaría e interpretaría las leyes laborales con el objeto de recortar los beneficios de los trabajadores; y en consecuencia se violaría el espíritu y propósito de la Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat; se infringiría el derecho a la vivienda y se violaría el derecho a la seguridad social.

Por lo que consideran que así como el derecho a una vivienda digna así como el derecho a la seguridad social no prescriben, tampoco debe prescribir la obligación de los patronos de realizar los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV).

En tal sentido, solicitan que sea declarada con lugar la presente solicitud de revisión constitucional planteada por la representación del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat

(BANAVIH), declarándose la imprescriptibilidad de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV).

Expuesta la argumentación presentada por la representación de la Defensoría del Pueblo, en primer término considera importante esta Sala indicar que la revisión de sentencias ha sido concebida como una vía extraordinaria tendiente a preservar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales y para corregir graves infracciones a sus principios o reglas, estando la Sala en la obligación de considerar todos y cada uno de los fallos que son remitidos para su revisión, pero no de concederla, por tratarse de una potestad discrecional, por lo que su negativa no puede, en caso alguno, constituir violación del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes.

Al respecto, la sentencia N° 93/2001 del 6 de febrero, señaló que la facultad de revisión es “(...) *una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y discrecional* (...)”, por ello “(...) *en lo que respecta a la admisibilidad de tales solicitudes de revisión extraordinaria esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere*”, así “(...) *la Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión ‘(...) sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales’* (...)”.

Así, la Sala ha señalado que “(...) *la revisión no constituye una tercera instancia, ni un instrumento ordinario que opere como un medio de defensa ante la configuración de pretendidas violaciones, sino una potestad extraordinaria y excepcional de esta Sala Constitucional cuya finalidad no es la resolución de un caso concreto o la enmendadura de ‘injusticias’, sino el mantenimiento de la uniformidad de los criterios constitucionales en resguardo de la garantía de la supremacía y efectividad de las normas y principios*

constitucionales, lo cual reafirma la seguridad jurídica (...)” (Sentencia de esta Sala N° 2943/2004 del 14 de diciembre).

A su vez, resulta pertinente advertir que esta Sala, al momento de ejercer su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de solicitudes que pretendan la revisión de actos jurisdiccionales que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí que esta Sala, como ya se señaló, tenga facultad para la desestimación de cualquier solicitud de revisión, sin ningún tipo de motivación, cuando, en su criterio, se verifique que la revisión que se pretende, en nada contribuye a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en virtud, pues, del carácter excepcional y limitado que caracteriza a la revisión.

En virtud de lo señalado, esta Sala Constitucional puede admitir o rechazar *prima facie* la revisión solicitada de sentencias definitivamente firmes, de acuerdo con la ponderación que realice de: a) velar por la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución; y b) salvaguardar la garantía de la cosa juzgada judicial.

En tal sentido, dado el carácter discrecional de la revisión constitucional, esta Sala considera que de la pretensión expuesta por la parte actora, únicamente pasará a conocer de la pretendida imprescriptibilidad de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda como parte de los sistemas del régimen prestacional de vivienda y hábitat y seguridad social.

De acuerdo a la sentencia cuya revisión de solicita, así como de la jurisprudencia reiterada de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, el tema a

decidir radica en definir si los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda se encuentran regidos o no por las normas del sistema tributario y, por tanto, al instituto de la prescripción establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Tributario.

Dicho esto, se tiene que el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda se encuentra consagrado actualmente en el artículo 28 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.889 de 31 de julio de 2008, teniendo su origen en la figura del Ahorro Habitacional Obligatorio establecido en la derogada Ley de Política Habitacional (Gaceta Oficial N° 4.659 Extraordinario del 15 de diciembre de 1993), siendo que la norma vigente señala que el mismo *“estará constituido por el ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores bajo dependencia y sus patronas o patronos”*.

En referencia a dichos aportes, la Sala Político Administrativa, en la sentencia número 1202, de 25 de diciembre de 2010, la cual es objeto de la presente solicitud de revisión, señaló que:

*“De esta forma, juzga la Sala que si bien resulta cierto que el presente caso se inició con motivo de la fiscalización practicada por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), que dio como resultado la determinación de las obligaciones de la empresa por concepto de “diferencias en aportes a depositar” y “rendimientos a depositar” al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), la cual debió tramitarse, en principio, bajo el procedimiento descrito en los artículos 177 y siguientes del Código Orgánico Tributario vigente (**por poseer los aportes al FAOV naturaleza tributaria, como se ha declarado en causas similares**), por ser éste el instrumento normativo general de la materia tributaria y frente a la ausencia de una regulación específica prevista en la normativa que establece la contribución parafiscal en referencia (Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat), tal circunstancia no puede llevar a considerar que en dicho supuesto se materializó una ausencia de procedimiento capaz de viciar de nulidad el acta y el oficio impugnados”*. Resaltado de esta Sala.

La referencia a “*causas similares*” obedece a un criterio reiterado de dicha Sala Político Administrativa respecto a los aportes hechos a dicho Fondo de forma conjunta por trabajadores y empleadores, expresado en la sentencia número 1928 del 27 de julio de 2006 en los siguientes términos:

“Precisado lo anterior, se estima prudente, a objeto de verificar si los referidos aportes participan del carácter tributario, definir qué se entiende por tributo y sus características, así como su clasificación.

En tal sentido, se observa que la doctrina ha desarrollado el concepto de tributo como el medio o instrumento por el cual los entes públicos obtienen ingresos; es decir, es el mecanismo que hace surgir a cargo de ciertas personas, naturales o jurídicas, la obligación de pagar a la Administración Tributaria de que se trate sumas de dinero, cuando se dan los supuestos previstos en la ley. En otras palabras, es la prestación en dinero que la Administración exige en virtud de una ley, para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines.

En este orden de ideas, se debe enfatizar que las características de los tributos son las siguientes:

1.- Son debidos a un ente público: por cuanto es el sujeto activo de la relación jurídica-tributaria, y en definitiva es el órgano titular del crédito.

2.- Son coactivos: por que se consideran obligaciones que surgen con independencia de la voluntad del contribuyente, por ministerio de la Ley, cuando se da el supuesto de hecho previsto en ella.

3.- Se establecen con el fin de procurar los medios precisos para cubrir las necesidades financieras de los entes públicos: su finalidad no es otra que el sostenimiento de los gastos públicos.

Asimismo, la doctrina ha clasificado a los tributos en tres (3) grupos, a saber: impuestos, tasas y contribuciones especiales. Entendiendo por impuesto, aquel ingreso exigido sin contraprestación, cuyo hecho generador está constituido por negocios, actos o supuestos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo (obligado por Ley al pago del tributo), como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de bienes o la adquisición o gasto de la renta, y cuya característica primordial que lo diferencia de las otras especies de tributos, es que la materia gravada resulta independiente de toda actividad del Estado respecto del contribuyente, es decir, se adeuda por el simple acaecimiento del presupuesto de hecho previsto en la norma, indistintamente del destino concreto que la ley le haya asignado.

Por otra parte, las tasas se han definido como aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos cuando concurran las siguientes circunstancias: i) que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados, y ii) que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado, en tanto impliquen intervención del ejercicio de autoridad, o porque con relación a dichos servicios esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente. En definitiva, la tasa origina el derecho de los particulares a una contraprestación que equivale a la obtención de un servicio por parte del Estado.

En cuanto a las contribuciones especiales, se considera que son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención, por el sujeto pasivo, de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos. Es por ello que las contribuciones especiales son comúnmente clasificadas por la doctrina en dos (2) grupos, a saber: i) contribuciones por mejoras, aquellas cuyo presupuesto de hecho contiene una mejora, un aumento de valor de determinados bienes inmuebles, como consecuencia de obras, servicios o instalaciones realizadas por los entes públicos; y ii) contribuciones parafiscales o también llamadas “por gastos especiales del ente público”, que son aquellas en las que el gasto público se provoca de modo especial por personas o clases determinadas.

Es decir, que son exacciones recabadas por ciertos entes públicos para asegurar su financiamiento autónomo, y tienen como características primordiales que: a) No se incluye su producto en los presupuestos estatales; b) No son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del Estado; c) No ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos.

Para ilustrar lo antes expuesto, resulta relevante hacer referencia a la clásica contribución parafiscal de seguridad social o también llamada “parafiscalidad social”, que es aquella que exige a los patronos y empleados el pago de ciertos aportes con el objeto de obtener un fin social, tales como asistencia médica, de previsión de riesgos de invalidez o vejez. En este tipo de contribuciones extrafiscales lo que se busca es beneficiar indirectamente a un grupo de personas, en determinadas áreas, y su característica primordial es que los importes así obtenidos entran a formar parte del caudal del ente público responsable de la consecución del fin social.

Circunscribiendo el análisis al caso concreto, esta Sala observa que el aporte exigido con carácter obligatorio a patronos y trabajadores en aplicación de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, consiste en un importe de dinero, impuesto por una Ley, de carácter obligatorio y exigido por un ente público, cuya finalidad es de interés colectivo.

Adicional a ello, se observa que lo recaudado entra a formar parte del patrimonio del Consejo Nacional de la Vivienda en procura de un fin social

habitacional, en concordancia con los artículos 3, 31, 35 y 36 eiusdem antes transcritos. Por ende, debe considerarse que tales aportes son de naturaleza tributaria, y más concretamente forman parte de las llamadas contribuciones parafiscales, cuya estructura permite crear determinadas participaciones dinerarias con la finalidad de lograr un objetivo que beneficie a un grupo de personas, en este caso programas habitacionales especiales para los aportantes.

De lo antes expresado, aprecia esta Sala que el aporte exigido por la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional tiene carácter tributario, perteneciendo a una de las especies de dicho género, denominada contribuciones especiales. Así se declara.

En este mismo sentido, en sentencia publicada el 18 de septiembre de 2008 bajo el número 1007, la Sala Político Administrativa señala lo siguiente:

“Así, de la normativa transcrita [artículos 172 y 173 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (Gaceta Oficial N° 38.591 del 26 de diciembre de 2006), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Política Habitacional (Gaceta Oficial N° 4.659 Extraordinario del 15 de diciembre de 1993)], se advierte que la obligación legal establecida en cabeza de patronos y empleados de contribuir con el sistema habitacional obligatorio mediante el aporte de una exacción patrimonial, que por su tipificación encuadra dentro de la clasificación legal de los tributos, vale decir, como una ‘contribución’ debida por el particular a un determinado ente por la percepción de un beneficio o aumento de valor de sus bienes derivado de la realización de obras públicas o la prestación de servicios o proyectos públicos, y que en el caso en particular, al igual que sucede por ejemplo con la contribución debida al Instituto de Cooperación Educativa (INCE), resulta de tipo parafiscal, habida cuenta de su afectación a una cuenta patrimonial distinta a la de un órgano que puede considerarse como ‘fiscal’, que para el supuesto de autos resulta ser el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, administrado por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)”.

En resumidas cuentas, la Sala Político Administrativa ha venido sosteniendo que el aporte exigido con carácter obligatorio al empleador y a las trabajadoras y trabajadores en aplicación del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.889 de 31 de julio de 2008, consiste en un importe de dinero, impuesto por una Ley, de carácter obligatorio y exigido por un ente público, cuya finalidad es que dicho ente cumpla con su objeto,

definiéndolo como una contribución de carácter parafiscal cuyo régimen aplicable es el del Código Orgánico Tributario, elemento que ha llevado a determinar la prescripción del derecho a verificar, fiscalizar y determinar la obligación de realizar dichos aportes, actualmente por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 y 56 del Código Orgánico Tributario.

Dicho esto, tenemos que de forma general, el Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.891, específicamente en su artículo 104, señala:

“(...) El Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat será financiado con los aportes fiscales, los remanentes netos de capital destinados a la seguridad social, los aportes para fiscales y las cotizaciones obligatorias a cargo del empleador y los trabajadores y trabajadoras con relación de dependencia y demás afiliados, los cuales serán considerados ahorros de carácter obligatorio para garantizar el acceso a una vivienda a las personas de escasos recursos y a quienes tengan capacidad de amortizar créditos con o sin garantía hipotecaria (...)”.

Como se evidencia de la norma transcrita, dicho financiamiento tendrá como fuentes: 1) aportes fiscales, 2) remanentes netos de capital destinados a la seguridad social, 3) aportes parafiscales y 4) las cotizaciones obligatorias a cargo del empleador y los trabajadores y trabajadoras con relación de dependencia y demás afiliados, los cuales serán considerados ahorros de carácter obligatorio.

A su vez, en la propia exposición de motivos de dicho Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.891, se señala que:

“(…) En cuanto a la para fiscalidad debemos indicar, que la misma constituye un concepto abstracto que deriva de la expresión griega “para”, que da idea de algo paralelo, al lado o al margen de la actividad estatal, se trata de tributos establecidos a favor de entes públicos o semipúblicos, económicos o sociales, para asegurar su financiación autónoma, teniendo como manifestación más importante, los destinados a la seguridad social. No obstante, el ahorro habitacional se aleja de esta definición, por cuanto, su finalidad principal no es la de financiar algún ente público o semipúblico, económico o social; su finalidad como se ha expresado supra, es eminentemente social y económico con finalidades especiales, donde el Estado interviene creando los mecanismos para que a través del ahorro individual de cada aportante, se garantice el acceso a una vivienda digna.

Someter el ahorro habitacional dentro de los supuestos de la para fiscalidad y por ende al régimen tributario común, representaría la desnaturalización de este aporte, por cuanto, se le estaría atribuyendo características disímiles a un masa de dinero distribuidas en cuentas individuales y que son propiedad exclusiva de cada uno de los aportantes, que si bien, corresponde a una disposición reglada, el ahorrista puede destinar sus aportes en la forma y las condiciones que la Ley establezca, se aleja tanto el ahorro habitacional de la concepción tributaria, que sus titulares tiene la potestad de cederlos, transmitirlos a sus herederos, y siempre salvo manifestación en contrario, los haberes regresarán en dinero en efectivo, líquido y libre de gravamen alguno, aun cuando a través de este ahorro, el titular haya adquirido una vivienda digna.

En tal sentido, se concibe las cotizaciones del régimen prestacional de vivienda y hábitat como un ahorro, sometido a la Ley especial que regula la materia y demás normativa aplicable (...)”.

El planteamiento hecho en la mencionada exposición de motivos tiene su fundamento en ciertos elementos técnicos que buscan diferenciar los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda del sistema tributario, al señalar que el ahorro habitacional se aleja de la definición clásica de parafiscalidad.

Ahora bien, el mencionado régimen de aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, se encuentra establecido en el artículo 28 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.889 de 31 de julio de 2008, el cual señala:

“Artículo 28. El Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda estará constituido por el ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores bajo dependencia y sus patronas o patronos. Los recursos de este Fondo serán otorgados para los siguientes fines:

1. Ejecución y financiamiento de planes, programas, proyectos, obras y acciones requeridas para la vivienda y hábitat. 2. Financiamiento para la adquisición, construcción, sustitución, restitución, mejora para la reparación o remodelación, refinanciamiento o pago de créditos hipotecarios o cualquier otra actividad relacionada con la vivienda principal y el hábitat. 3. Cubrir costos de los servicios provistos a este Fondo por los operadores financieros y el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, de conformidad a los criterios y límites que apruebe el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat”.

A su vez, dicha norma señala que los recursos de dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda están comprendidos por:

“Artículo 29. El Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda estará constituido por: 1. El ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores bajo dependencia y sus patronos. 2. La recuperación de capital y/o intereses atribuibles a los contratos de financiamiento otorgados con los recursos de este Fondo, así como sus garantías. 3. Los ingresos generados por la inversión financiera de los recursos de este Fondos. 4. Los ingresos generados de la titularización de los contratos de financiamiento otorgados por el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda y/o el ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores y las patronas o los patronos. 5. Los recursos provenientes del financiamiento de órganos o entes públicos o privados, nacionales o internacionales destinados a satisfacer los objetivos del presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley. 6. Los recursos generados por la imposición de sanciones y cualesquiera otros aportes destinados a satisfacer los objetivos del presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley”.

Es importante destacar que artículo 30 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.889 de 31 de julio de 2008, señala que el ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador se registrará en una cuenta individual en este Fondo.

Señala a su vez dicha norma en su artículo 31 que *“la empleadora o el empleador deberá retener el ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador, efectuar su correspondiente aporte y depositarlos en la cuenta de cada uno de ellos, en el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, dentro de los primeros cinco días hábiles de cada mes”*.

Y, por último, el ya mencionado Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.889 de 31 de julio de 2008, en su artículo 32, señala la disponibilidad que tiene cada trabajador sobre dichos aportes ahorrados en los siguientes términos:

“Artículo 32. Se podrá disponer de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda sólo en los siguientes casos: 1. Para el pago total o parcial de adquisición, construcción, ampliación, sustitución, restitución y mejora para la reparación o remodelación de vivienda principal, refinanciamiento o pago de créditos hipotecarios o cualquier otra actividad relacionada con el objeto del presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley. 2. Por haber sido beneficiaria o beneficiario de jubilación, pensión de vejez, invalidez o discapacidad, salvo que manifieste su voluntad de continuar cotizando al Fondo de Ahorro Voluntario para la Vivienda o mantenga un saldo deudor respecto a un contrato de financiamiento otorgado con recursos de los Fondos a que se refiere el presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley. 3. Por fallecimiento de la trabajadora o trabajador, en cuyo caso el saldo de su cuenta individual formará parte del haber hereditario. Los haberes de cada trabajadora o trabajador aportante en el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda podrán ser objeto de cesión total o parcial en los términos y condiciones que establezca el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat”.

Advierte esta Sala que las características esenciales de dicho Fondo de Ahorro han sido una constante desde la publicación en Gaceta Oficial Extraordinaria 4.659 de 15 de diciembre de 1993 del Decreto-Ley N° 3.270, mediante el cual se dicta la Ley de Política Habitacional, siendo establecido en su *TITULO II: Del Financiamiento del Programa de Vivienda*, y específicamente en su *CAPITULO III: Del Ahorro Habitacional*, el Ahorro Habitacional obligatorio constituido por los aportes mensualmente efectuados por los

empleados y obreros y los empleadores o patronos, tanto del Sector Público como del Sector Privado, en términos análogos a los que establece el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.889 de 31 de julio de 2008.

Dicho Decreto-Ley N° 3.270, mediante el cual se dicta la Ley de Política Habitacional, señala:

“Artículo 18: Se establece el Ahorro Habitacional obligatorio constituido por los aportes que mensualmente deberán efectuar los empleados y obreros y los empleadores o patronos, tanto del Sector Público como del Sector Privado, en Instituciones Hipotecarias regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras y por la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo.

Los empleadores o patronos deberán retener las cantidades a los trabajadores, efectuar los aportes respectivos y depositarlos en cuentas a nombre de cada empleado y obrero dentro de los primeros siete (7) días hábiles de cada mes.

Artículo 19: El aporte de los empleados y obreros será del uno por ciento (1%) de su remuneración mensual básica y el de los empleadores o patronos del dos por ciento (2%) del monto erogado por igual concepto. El Ahorro Habitacional depositado en las cuentas establecidas en el Artículo anterior, devengarán intereses sobre saldos mensuales que deberán ser abonados al cierre de cada mes, calculados en función del rendimiento global de la cartera de préstamos hipotecarios otorgados con fondos provenientes del Ahorro Habitacional, deducidos los costos operativos y los financieros, y una utilidad razonable en beneficio de las Instituciones Hipotecarias. El Consejo Nacional de la Vivienda establecerá cada tres (3) meses, los montos mínimos de intereses que deberán abonarse en las cuentas a que se refiere el presente Artículo.

Artículo 22: Las cuentas de Ahorro Habitacional de los empleados y obreros en las Instituciones Hipotecarias a que se refiere el Artículo 18 de esta Ley, sólo podrán ser movilizadas en los siguientes supuestos:

a) Para cancelar total o parcialmente el precio de adquisición de la vivienda que sirve de asiento principal del empleado u obrero, o para la ampliación o refacción de la vivienda de su propiedad.

b) Para la amortización de préstamos hipotecarios otorgados con los recursos aportados por el Sector Público a los fines de la presente Ley, con recursos provenientes del Ahorro Habitacional, o con los recursos a que se refiere el Artículo

32 de esta Ley, en los términos, frecuencia y condiciones que se establezcan en las Normas de Operación.

c) Para atender a las necesidades de vivienda de sus hijos y de sus familiares hasta el tercer grado de consanguinidad y primero de afinidad, siempre que estos estén incorporados al Ahorro Habitacional y llenen los requisitos para ser beneficiarios del programa.

d) Por haber sido el trabajador beneficiario de jubilación o de pensión por incapacidad y, en todo caso, por haber alcanzado la edad de sesenta (60) años si es hombre o cincuenta y cinco (55) años si es mujer, salvo que el ahorrista respectivo todavía sea beneficiario de un préstamo hipotecario otorgado conforme a esta Ley.

e) Por fallecimiento del trabajador.

Parágrafo PRIMERO.- El Ahorro Habitacional podrá ser objeto de cesión total o parcial, entre su titular y otro ahorrista, sin intermediario alguno, para atender las necesidades de vivienda de este último o de la de sus hijos, siempre que el titular posea vivienda y no sea beneficiario de un préstamo hipotecario otorgado conforme a esta Ley y el adquirente esté incorporado al Ahorro Habitacional y llene los requisitos para la adquisición de una vivienda”.

De la transcripción de dicha norma se puede evidenciar que si bien es cierto que en la actualidad la concepción del estado democrático y social de derecho y de justicia ha hecho que la seguridad social se fortalezca como sistema, desde la publicación en Gaceta Oficial extraordinaria número 4.659 de 15 de diciembre de 1993 del Decreto-Ley N° 3.270, mediante el cual se dicta la Ley de Política Habitacional, se han venido estableciendo mecanismos análogos para realizar aportes a los Fondos de Ahorro en materia de vivienda, a los que existen actualmente.

Ahora bien, analizadas las características que definen a dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, esta Sala considera que en el presente caso se encuentra bajo análisis una política pública diseñada por el Ejecutivo Nacional en la que se encuentran interrelacionados, básicamente, tres derechos humanos consagrados en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo son el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo.

En cuanto a la seguridad social, el mismo es un sistema que permite a la sociedad enfrentar los embates del desempleo y de las crisis económicas, con el fin de asistir a todas las personas sean trabajadoras o no, e independientemente de que tengan capacidad de realizar aportes, todo ello en el marco de la consecución de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La concepción de la seguridad social es un anhelo de tanta importancia que ya nuestro Libertador Simón Bolívar hizo referencia a ello en su histórico discurso de 1819 ante el Congreso de Angostura al mencionar que: “*El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, **mayor suma de seguridad social** y mayor suma de estabilidad política*”. Resaltado de esta Sala.

A su vez, el derecho a la seguridad social en nuestra Constitución es producto de una evolución normativa que tiene como su principal precedente la Ley del Trabajo de 1936, y la Ley del Seguro Social Obligatorio de 1940; y en el ámbito constitucional el artículo 52 de la Constitución del año 1947, señalaba que:

“Los habitantes de la República tienen derecho a vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlo y contra la necesidad que de ellos se derive. El Estado establecerá en forma progresiva un sistema amplio y eficiente de seguridad social y fomentará la construcción de viviendas baratas, destinadas a las clases económicas más débiles”.

Podemos ver como la norma antes señalada ya obedecía a una concepción social de la seguridad social, teniendo como sujetos de máxima protección a los grupos sociales empobrecidos o cuya posibilidad de acceso a la salud y a la vivienda como elementos principales de la seguridad social representase una mayor dificultad.

Por su parte, el artículo 94 de la Constitución del año 1961, señalaba que:

“Artículo 94. En forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra infortunio del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualesquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar.

Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social”.

Dicha norma, dictada en la misma línea del artículo 52 de la Constitución del año 1947, destaca la concepción de la seguridad social como un sistema y su carácter progresivo.

La importancia del sistema de seguridad social se ve a su vez reflejado en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual señala que: *“Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.*

Actualmente, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denominado de los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes, y específicamente en su Capítulo V, referente a los derechos sociales y de la familia. Así, tenemos que la seguridad social se consagra como un derecho humano en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:

“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial”.

Como característica esencial de dicho derecho tenemos que el mismo está consagrado como un servicio público de carácter no lucrativo, atendiendo dentro de su sistema *“contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social”*. Lo antes enunciado denota el carácter amplio de la consagración de dicho derecho, así como el carácter abierto de las materias enunciadas, ya que permite identificar cualquier otra reivindicación social no mencionada expresamente.

A su vez, tenemos que dicho derecho a la seguridad social está establecido bajo criterios de universalidad, ya que no se limita a criterios de nacionalidad; y en términos de corresponsabilidad, ya que en él coadyuvan el Estado, las empleadoras y los empleadores, las trabajadoras y los trabajadores y las personas que participan del sistema de previsión, aún

cuando el mismo hace beneficiaria a cualquier persona, independientemente de la capacidad que esta tenga para contribuir o no a dicho sistema.

En este sentido, dicho artículo señala que el Estado tiene la obligación de conformar un sistema de seguridad social mediante el financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas, el cual estará regulado por una ley orgánica especial.

En el cumplimiento de ese mandato constitucional, el Estado crea un sistema de seguridad social que tiene como parte del mismo al sistema prestacional de vivienda y hábitat, para lo cual se diseñan distintos mecanismos a los efectos de la consecución del derecho a la vivienda, siendo uno de ellos el del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, por lo que, como señalamos anteriormente, se establece un vínculo entre ese derecho a la seguridad social y el derecho a la vivienda.

En nuestra Constitución, el derecho a la vivienda está consagrado en el artículo 82, el cual establece:

“Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”.

A su vez, en el ámbito internacional, el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, debidamente suscrito y Ratificado por la República, impone a los Estados Partes la obligación general de adoptar medidas adecuadas, de carácter positivo, en particular, la adopción de medidas legislativas dirigidas a garantizar a todas las personas el derecho humano de una vivienda adecuada.

Su definición es desarrollada en 1991 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC), estableciendo la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, los gastos soportables, la habitabilidad, la asequibilidad, el lugar y la adecuación cultural, como aspectos indisociables a este derecho.

Cabe destacar que el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, **la vivienda**, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*.

Esta Sala Constitucional ha resaltado la importancia de dicho derecho, y los esfuerzos que se deben hacer para avanzar en el cumplimiento del mandato constitucional para la consecución del mismo, al señalar en su sentencia número 85 del 24 de enero de 2002, que:

“La protección que brinda el Estado Social de Derecho, varía desde la defensa de intereses económicos de las clases o grupos que la ley considera se encuentran en una situación de desequilibrio que los perjudica, hasta la defensa de

valores espirituales de esas personas o grupos, tales como la educación (que es deber social fundamental conforme al artículo 102 constitucional), o la salud (derecho social fundamental según el artículo 83 constitucional), o la protección del trabajo, la seguridad social y el derecho a la vivienda (artículos 82, 86 y 87 constitucionales), por lo que el interés social gravita sobre actividades tanto del Estado como de los particulares, porque con él se trata de evitar un desequilibrio que atente contra el orden público, la dignidad humana y la justicia social”, (Resaltado de este fallo).

En este mismo sentido, en sentencia 835 de 18 de junio de 2009, esta Sala Constitucional señaló que:

“Resulta claro que el derecho a una vivienda digna es un derecho fundamental intrínseco a la dignidad humana que atiende a la necesidad del hombre de habitar una vivienda que permita su desarrollo y crecimiento personal como condición esencial para la existencia y protección del núcleo familiar y, por ende, de la misma sociedad, por lo que es pertinente que el Estado, como manifiesta evolución natural, garantice la protección progresiva de este derecho, tal como lo prevé el Texto Fundamental en su artículo 19, al disponer que ‘El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos...”.

Recientemente, esta Sala puntualizó en su sentencia número 1317 del 3 de agosto de 2011, que:

“Así las cosas, corresponde afirmar que el derecho a una vivienda adecuada –o digna- no puede ser un derecho retórico, el cual, en efecto, aun cuando dispone de un amplio marco jurídico en nuestro país, debe propenderse a su efectiva concreción, evitando en lo posible que sea desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas. La garantía de tal derecho, cuyo contenido trasciende socialmente, implica un real compromiso, una política de acción social, “un enorme esfuerzo (...) –por parte del Estado a través de sus órganos y entes, entiéndase incluido al Poder Judicial- en función de la complejidad social y económica de la solución de problemas habitacionales (...)” (Exposición de Motivos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y Desocupación Arbitraria de Viviendas), que garantice plenamente a toda persona el acceso a la misma, sin que sea posible excluir a ningún segmento de la población”.

De acuerdo a las normas antes transcritas y de los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Sala Constitucional, se denota la importancia que tiene en nuestro sistema el derecho a la vivienda, como elemento fundamental para el buen vivir de todos los sectores que conforman nuestra sociedad, y la necesidad de consolidar un sistema en el marco del estado democrático y social de derecho y de justicia que garantice los avances en la consecución de ese anhelo consagrado en la norma con mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la Constitución.

Puede evidenciarse entonces como el derecho a la vivienda forma parte, conjuntamente con el derecho a la seguridad social, de ese sistema o conjunto de sistemas que la Constitución ordena al Estado crear, y para lo cual debe diseñar e implementar un conjunto de mecanismos que coadyuven a su desarrollo, como lo sería en este caso el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.

Ahora bien, habiendo señalado que el sistema de seguridad social tiene un carácter universal, y que por ello se crean, como ya mencionamos, un conjunto de políticas públicas a los efectos de lograr su cometido; el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda tiene como sujeto beneficiario del mismo a las trabajadoras y trabajadores en relación de dependencia, por lo que aunado a los derechos antes mencionados se encuentra el derecho al trabajo.

La Constitución de 1999 le da una gran importancia al derecho al trabajo, dedicando de forma específica alrededor de una docena de artículos, los cuales buscan definir desde distintos ámbitos, individual y colectivo, las características y los fundamentos esenciales de ese hecho social que se constituye en un deber y un derecho para todos los ciudadanos en condiciones de coadyuvar en términos de corresponsabilidad, solidaridad e igualdad, entre otros principios, al desarrollo de los fines esenciales del Estado y con ello de la nación, no pasando inadvertido para nuestro constituyente la importancia del hecho social trabajo al

señalar en sus principios fundamentales la Constitución que *“la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”*. Es por ello que el derecho al trabajo, conjuntamente con la educación, está ligado a todos los aspectos del desarrollo de ésta y de cualquier sociedad, tanto desde el punto de vista productivo, como de su relación con los distintos elementos que concurren para lograr mayor suma de felicidad en la población como lo son la salud, la vivienda, el desarrollo familiar, entre otros.

Esta valoración de orden social de los derechos fundamentales guarda una estrecha vinculación con el derecho al trabajo, el cual debe considerarse de total relevancia debido a sus connotaciones socioeconómicas, pues, el mismo ha sido de especial consideración en los instrumentos jurídicos constitucionales. Su origen como tal data de principios del siglo pasado y su evolución, a partir de ese momento, ha sido rápido, dividiéndose, según el entender de la doctrina, en tres etapas de evolución histórica, las cuales se entretajan, sobreponiéndose en el mismo curso del tiempo. En una primera fase, la legislación social se presentó, fundamentalmente, como excepción respecto del derecho privado común; la segunda fase implicó la incorporación del derecho del trabajo en el sistema de derecho privado; y en la tercera, se produce en la Constitucionalización del derecho al trabajo (vid. GHERA, Edoardo. *Diritto del Lavoro*. Ediciones Cacucci. Bari. 1985, pág. 15). (ver sentencia N° 1185/2004 del 17 de junio de 2011).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela discriminó por primera vez y con rango de derecho humano los elementos que conforman el derecho al trabajo, como lo son, la intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2); la interpretación más favorable al trabajador (artículo 89, numeral 3); nulidad de actos inconstitucionales (artículo 89, numeral 4); prohibición de la discriminación (artículo 89, numeral 5); prohibición del trabajo para los adolescentes (artículo 89, numeral 6); jornada de trabajo y derecho al descanso (artículo 90); derecho al salario y a las prestaciones sociales (artículos 91 y 92); derecho a la estabilidad laboral (artículo 93); derecho a la sindicalización (artículo 95); derecho a la negociación colectiva (artículo 96); y el derecho a la huelga (artículo 97).

Es evidente que nuestra máxima norma jurídica avanza en la tradición constitucional de consagrar el derecho al trabajo y con ello el derecho de los trabajadores, incorporando también a éste en el Título III de la Constitución , referente a los Derechos Humanos, específicamente en el Capítulo V: De los derechos sociales y de las familias, por lo que pasa a formar parte de aquellos derechos que se encuentran relacionados al atributo social del Estado democrático y social de derecho y de justicia que establece nuestra Constitución.

La intensión de esta Sala al hacer una breve relación sobre los derechos humanos involucrados en la solución del tema a decidir, no es otra que establecer una concordancia entre derechos con el objeto de realizar una interpretación sistemática de la Constitución a los efectos de dar cumplimiento al principio de supremacía de la Constitución, según el cual la Constitución es la norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

Tal como lo plantea Rodolfo Luis Vigo, *“a los fines de facilitar la inteligibilidad de un cuerpo normativa, resulta imprescindible comprobar que el mismo no es una mero agregado caótico, sino una totalidad ordenada o sistémica. En el caso de la Constitución, esa necesidad se visualiza más claramente en tanto se la pueda atribuir a una voluntad históricamente individualizable que alienta la obtención de ciertos objetivos a través de un proyecto unitario”*. (Interpretación de la Constitución, Abeledo Perrot. Buenos Aires 1993).

Por tanto, así como la Constitución ha mencionado la obligación del Estado de crear un sistema de seguridad social y con ello un sistema de prestacional en materia de vivienda y hábitat, la interpretación de la Constitución como un sistema en los términos antes planteados, amerita que los derechos sean interpretados de forma hermenéutica, haciendo uso a su vez de los propios parámetros de interpretación y del propio valor axiológico que subyace en la Norma Suprema.

Sobre este tema, esta Sala en sentencia número 1309 de 19 de julio de 2001, señaló que la interpretación debe comprometerse con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica, puntualizando que los estándares bajo los cuales se interpreta el ordenamiento jurídico, y con ello la Constitución, a los efectos de dirimir una controversia “deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

En este sentido, la Constitución, en el *Capítulo I: Disposiciones generales del Título III: De los derechos humanos y garantías y de los deberes*, señala que el Estado deberá garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos; criterios de interpretación que deben ser aplicados de manera concatenada con los principios de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2) y la interpretación más favorable al trabajador (artículo 89, numeral 3), como ya fue señalado.

Resulta oportuno mencionar que ya esta Sala Constitucional en su sentencia 1185/2004 del 17 de junio, señaló con respecto a la interpretación que sobre los principios de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2), que:

“En tal sentido, los términos intangibilidad y progresividad comprenden una noción indeterminada, la cual comporta la necesidad de que se abarque su proyección en el campo laboral mediante la labor interpretativa de esta Sala, puesto que la intangibilidad como principio se encuentra relacionadas con otros aspectos de los derechos, distintos al plano laboral.”

(...)

“(...) esta Sala en un primer término observa que el sentido gramatical de las expresiones intangibilidad y progresividad comprenden dos acepciones apartes que requieren precisión. La intangibilidad puede entenderse sustantivamente como ‘cualidad de intangible’ o adjetivamente, en el sentido ‘que no debe ni puede tocarse’. Por otra parte, la progresividad hace alusión al adjetivo progresivo que traduce dos acepciones: ‘que avanza, favorece el avance o lo procura’ o ‘que progresa o aumenta en cantidad o perfección’ (Diccionario de la Real Academia Española). Estas nociones permiten aproximar a los derechos de los trabajadores como intangibles en cuanto y en tanto no se alteren o modifiquen luego de haberse legítimamente establecidos, mientras que su progresividad se refleja únicamente en el aspecto que los mismos deben favorecerse para su avance, es decir, mejorarse tanto cualitativa como cuantitativamente.

En lo que respecta al elemento de la relación de los principios enunciados con el sistema de los derechos laborales, debe considerarse que la intangibilidad y progresividad, en el plano constitucional, se relaciona conjuntamente con el principio interpretativo indubio pro operario establecido en el artículo 89, numeral 3, de la Constitución, por lo que el significado y alcance dado debe efectuarse de la manera más favorable para el trabajador. Así, esta Sala en consideración de ello, observa que, tanto el derecho al trabajo, como sus elementos primordiales, entre los cuales se encuentra la garantía de que los trabajadores gocen de estabilidad, ha sido considerada como un elemento esencial de ese derecho social, por la seguridad jurídica que otorga al trabajador de no rescindirle la relación laboral por la sola intención del patrono, salvo que medien las causales taxativamente previstas en el ordenamiento que regula la materia.

Aunado al análisis sistemático dentro del cual se relacionan la intangibilidad y progresividad de los derechos laborales, se observa que el mismo debe hacerse en consideración al sistema positivo, el cual se conforma por el plano de la legalidad y por el sistema normativo internacional al cual se ha adherido el Estado venezolano, con especial referencia a los convenios dictados por la Organización Internacional del Trabajo de la cual se forma parte desde 1919. Al respecto, dentro del marco legal reflejado en la Ley Orgánica del Trabajo y en su Reglamento, no se establece con clara precisión la noción de la intangibilidad y progresividad de los derechos laborales; sin embargo, el artículo 60 de la Ley establece en las letras ‘D’, ‘E’ y ‘F’ que los principios que inspiran la legislación del trabajo, contenidos en las declaraciones constitucionales o en los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional del Trabajo y en la doctrina y jurisprudencia nacionales; los principios universalmente admitidos por el derecho del trabajo y los principios generales del derecho constituyen fuentes aplicables para la resolución de casos particulares relacionados con la materia del trabajo, disposiciones que se concatenan con la reiteración establecida en el artículo 5° del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, respecto a la aplicabilidad de los principios y normas del derecho laboral internacional.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo ha ejercido la interpretación de los derechos laborales dentro de la perspectiva y de los principios de los derechos humanos fundamentales, señalando a tal efecto, que los principios elementales que fundamentan a dicha Organización son de obligatorio cumplimiento y aplicación para los Estados miembros, así no hayan sido señalados mediante los Convenios respectivos objeto de ratificación por sus integrantes, pues tales elementos son inherentes a los valores que la rigen y para cuyo fin se ha constituido, delimitados en la Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo o Declaración de Filadelfia de 1944, la cual obró como Enmienda de su Carta Constitucional: “La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social, afirma que. (...) el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional” y “cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde el punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental (Título II, letras b y c). De esta manera, dentro de los fundamentos esenciales de los derechos laborales entendidos como derechos humanos, puede resaltarse la irrevocabilidad y su correlativa progresividad.

Así, con base en lo anterior, se concluye que los principios de intangibilidad y progresividad nacen constitucionalmente en virtud de la necesidad de proteger las conquistas de los trabajadores, siendo ambos elementos relacionados con la naturaleza de los derechos legítimamente adquiridos, por haberse incorporado a modo definitivo dentro de la esfera jurídico-subjetiva de una persona o grupo de personas. Este ha sido precisamente el carácter proteccionista que nuestra Constitución le ha dado al régimen jurídico de los trabajadores: garantizarles los principios reconocidos mediante los diversos mecanismos laborales ante las diversas situaciones jurídicas cuya variabilidad es constante por tratarse de la materia social del trabajo, esto se traduce, cuando las garantías laborales al ser otorgadas a los trabajadores, y una vez consumada legítimamente la situación jurídica individual y subjetiva y constituido de esa manera el derecho en concreto, estos resultan intangibles frente a nuevas legislaciones o ante cualquier cambio ulterior”.

A la luz de estos criterios de interpretación, analizando las características fundamentales que definen el funcionamiento del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, esta Sala observa que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no tienen como única finalidad la de financiar algún ente público, sino a su vez la de establecer mecanismos para que, a través del ahorro individual de cada aportante, se garantice el acceso a una

vivienda digna. Por lo que se encuentra una primera diferencia con la concepción de parafiscalidad, en donde los ingresos recaudados por esa vía suelen ser únicamente para el desarrollo del objeto del ente recaudador.

Otro elemento importante a considerar por esta Sala, es el carácter especial que le da a este sistema la distribución de la masa de dinero en cuentas individuales, cuya propiedad no es del ente público que se encarga de su administración de forma reglada, si no que es de cada uno de los trabajadores beneficiarios del sistema.

Aunado a ello, existe otro elemento de suma importancia, y es que los beneficiarios o afiliados, podrán disponer de sus ahorros en el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, para el pago total o parcial de adquisición, construcción, ampliación, sustitución, restitución y mejora para la reparación o remodelación de vivienda principal, refinanciamiento o pago de créditos hipotecarios; por haber sido beneficiaria o beneficiario de jubilación, pensión de vejez, invalidez o discapacidad; por fallecimiento de la trabajadora o trabajador, en cuyo caso el saldo de su cuenta individual formará parte del haber hereditario; planteando la norma que dichos recursos ahorrados podrán incluso ser objeto de cesión total o parcial.

Por último, debe señalarse que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda han sido previstos como un ahorro, por lo que dicha directriz expresa del legislador no puede modificarse a futuro por operar el ya mencionado principio de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Debe señalar esta Sala Constitucional que la interpretación hecha de las normas que rigen los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda a la luz del derecho a la

seguridad social establecido en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si bien en ella se hizo referencia la exposición de motivos del Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.891, la misma se fundamentó en que el carácter de parafiscalidad dado por la Sala Político Administrativa a dichos aportes, había desconocido que la finalidad de dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no era estrictamente la de financiar al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, sino a su vez la de establecer mecanismos para que a través del ahorro individual de cada aportante, se garantice el acceso a una vivienda digna; así como el carácter especial que le da a este sistema la distribución de la masa de dinero en cuentas individuales, cuya propiedad no es del ente público que se encarga de su administración de forma reglada (el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat), sino que es de cada uno de los trabajadores beneficiarios del sistema, recursos de los que puede disponer ese beneficiario (cederlos, transmitirlos a sus herederos) bajo las condiciones establecidas en la norma; elementos estos que han sido constantes en cada una de las normas que han precedido al mencionado Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, en las que se había estipulado dicho Fondo, aún bajo denominaciones distintas.

Por tanto, en primer lugar debe destacar esta Sala que la interpretación hecha por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, y bajo la cual se intentó adecuar los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda al sistema tributario, específicamente encuadrando dichos aportes en la concepción de parafiscalidad: parte de una concepción que choca con principios fundamentales del Estado social que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por lo que esta Sala Constitucional considera que debe revisar dicho criterio y establecer que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, como parte del régimen prestacional de vivienda y hábitat y del sistema de seguridad social, no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo el sistema tributario. Así se declara.

A su vez, advierte esta Sala que el incumplimiento por parte de los patronos de la obligación de hacer la retención y el correspondiente aporte a cada uno de los trabajadores del Fondo de Ahorro Obligatorio, causa un gravamen de relevancia en el sistema de ahorro establecido por la ley, y con ello, que en definitiva es lo más importante, en el sistema de seguridad social cuya importancia es medular en un Estado democrático y social de derecho y de justicia.

La situación del incumplimiento podría presentar dos realidades, una de ellas, que el patrón haya retenido al trabajador el 1% de sus salarios, como se establece desde el Decreto-Ley N° 3.270, mediante el cual se dicta la Ley de Política Habitacional publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.659 de 15 de diciembre de 1993, y que el patrono no lo haya aportado a la cuenta individual a que han hecho referencia las normas relacionadas con la materia; o, que no se haya hecho ni la retención ni el aporte correspondiente.

En ambos casos la afectación al sistema de seguridad social, al Estado social de derecho y de justicia y a los trabajadores, es de una gravedad medular, siendo que en el primero de los casos implicaría desconocer la propiedad de los trabajadores sobre los aportes al sistema habitacional, y podríamos estar bajo algún supuesto de hecho relacionado con el delito de apropiación indebida calificada previsto en el artículo 470 del Código Penal Venezolano, ya que cabría la duda de los destinos sufridos por esos recursos.

Puntualizando, esta Sala Constitucional considera que el incumplimiento con el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda afecta de forma directa el derecho de los trabajadores, de forma individual, en tanto y en cuanto disminuye su capacidad de ahorro y con ello la posibilidad de tener acceso a mejores créditos (ya que ello está relacionado al monto acumulado), así como de forma colectiva, ya que la falta del mencionado aporte

disminuye la capacidad del ente encargado de su administración de proveer a esos beneficiarios un mayor número de espacios de vivienda y hábitat dignos.

Esta afectación tiene a su vez un gran impacto en el sistema de seguridad social ya que al ver mermado el desarrollo del sistema prestacional de vivienda y hábitat, ello implica una disminución en la calidad de vida de quienes conforman la sociedad, siendo ello así ya que como mencionamos anteriormente el sistema de seguridad social se configura bajo parámetros de universalidad.

Analizada la situación desde el punto de vista de quien tiene la obligación de retener y realizar aportes de forma corresponsable con las trabajadoras y trabajadores, entendiéndose las patronas y patronos, surge la necesidad de delimitar la potestad de fiscalización por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, dado que, como ya se señaló, los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, vistas sus características fundamentales, no se adecuan a los tributos y por tanto no se rigen por el Código Orgánico Tributario.

En tal sentido, nuevamente enfrenta esta Sala la necesidad de hacer uso para su interpretación de los valores inmersos en el contenido axiológico de la Constitución, y en tal sentido hace uso de los parámetros que definen el estado social de derecho, como parte de la definición hecha por el Constituyente de nuestro modelo de Estado como democrático y social, de derecho y de justicia. Al respecto, esta Sala Constitucional en su sentencia número 85, del 24 de enero de 2002, señaló que:

“A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual

en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales.

*El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, **la vivienda**, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.*

El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros. Tal como decía Ridder, "...el Estado se habilita para intervenir compensatoriamente, desmontando cualquier posición de poder siempre que lo estime conveniente", pero, agrega la Sala, fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado.

El Estado Social, trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económicos y socialmente más fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social.

(...)

La Constitución de 1999 en su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cuál es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano.

Además del artículo 2 de la vigente Constitución, los artículos 3 (que señala los fines del Estado), 20 (que hace referencia al orden social), 21.1 y 2, 70, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 90, 102, 112, 113, 115, 127, 128, 132 y 307, y los relativos a los Derechos Sociales establecidos en el Capítulo V del Título III, se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances.

Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto antes expresado de interés social, el cual es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por la propia ley como débiles jurídicos, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en una posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros, empobreciendo a los segundos.

(...)

Ni la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas, por desproporcionadas, para una de las partes del contrato en materias de interés social.

Por ejemplo, la actividad económica, está limitada por la Constitución, por razones de desarrollo humano, protección del ambiente u otros de interés social; por lo que la actividad económica tiene que encuadrarse dentro del Estado Social, así ésta no emerja del Estado (con más razón si es él quien la dinamiza de alguna manera)”.

Cabe señalar que los derechos consagrados en la Constitución a las trabajadoras y trabajadores, y con ello el resto de los derechos sociales, no busca convertirse “(...) en un medio para comprimir las ventajas del desarrollo económico en manos de agentes políticos e intermediarios sociales; sino, por el contrario, que el ejercicio de los derechos sociales sea un aprendizaje solidario para proteger a los sectores menos favorecidos, sean o no asalariados”. (Carmen Zuleta de Merchán, *Derecho Constitucional y trabajo*, Colección Doctrina Judicial N° 21, Tribunal Supremo de Justicia 2007).

En este sentido, observa con preocupación esta Sala la imposibilidad que tiene tanto el trabajador de poder reclamar lo que se le descontó y no se enteró por este concepto, con lo que se le limita indirectamente el acceso a una vivienda digna, por cuanto producto de la distorsionada aplicación de la prescripción tributaria, se encuentra en estado de insolvencia

con el Fondo, requisito este indispensable para la solicitud de financiamientos con recursos provenientes del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.

Es pertinente señalar que la prescripción es una figurara que, aunque existiendo necesariamente en el ordenamiento jurídico, en realidad nunca debiera presentarse, ya que ello presupone, o bien la indolencia de quien debe cumplir con sus obligaciones de manera oportuna, o la indiferencia de las autoridades en hacer uso de sus facultades, lo cual evidenciaría una inadecuada administración; en todo caso, la prescripción no borra o desconoce la obligación, ni al derecho para pedir su cumplimiento, sino que crea una excepción a favor de aquel que tenía la obligación.

Por tanto, una interpretación conforme al principio de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2); y del principio de interpretación más favorable al trabajador (artículo 89, numeral 3), a la luz de la concepción del estado social de derecho y de justicia, en el que el interés superior es el del trabajador; no puede llevarnos a otra conclusión que a declarar la imprescriptibilidad de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda. Así se decide.

No pasa inadvertido para esta Sala que la interpretación hasta ahora hecha, podría hacerse para todo el sistema de recaudación fiscal, ya que con fundamento en el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley (artículo 133 de la Constitución), en ese ejercicio de solidaridad social que debe caracterizar este mecanismo, el Estado obtiene un conjunto de recursos que en definitiva deben ser gestionados en pro de la búsqueda de mayor felicidad y del buen vivir de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, quedará de parte del legislador establecer en qué casos las recaudaciones hechas en el marco del sistema de seguridad social tendrán o no el carácter de tributos a los efectos de que sea aplicable la normativa tributaria, ello con

fundamento en el artículo 12 del Código Orgánico Tributario que señala que los tributos recaudados en el marco del sistema de seguridad social, se registrarán por esta norma de carácter tributaria.

No quiere perder la oportunidad esta Sala para señalar a la luz de la presente situación, que la potestad fiscalizadora del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat es de vital importancia para garantizar el cumplimiento de una obligación de hacer por parte de las empleadoras y empleadores para con sus trabajadores y trabajadoras en el marco del sistema de seguridad social. También es de suma importancia, como corresponsables en el desarrollo nacional, que las empleadoras y empleadores tanto del sector público como del sector privado cumplan con las obligaciones establecidas en la ley, ya que ello repercute en un bienestar social del que ellos mismos se verán beneficiados. En tal sentido, se exhorta a todas las partes que conforman el sistema de seguridad social a dar cumplimiento y a trabajar con mayores niveles de eficiencia y eficacia.

Dicho esto, con fundamento en lo antes expuesto, esta Sala Constitucional declara ha lugar la solicitud de revisión hecha de la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1202 del 25 de noviembre del 2010 en los términos antes señalados.

Como consecuencia de ello se anula la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia número 1202 del 25 de noviembre del 2010 y se ordena volver a decidir la pretensión de la parte actora tomando en consideración el criterio señalado por esta Sala Constitucional en la presente decisión.

Finalmente, sorprende a esta Sala Constitucional el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia respecto de los aportes hechos al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), ya que el mismo fue hecho sin tomar en consideración los principios fundamentales y los criterios de interpretación propios de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

V

DECISIÓN

Por las razones que anteceden, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara **HA LUGAR** la solicitud de revisión interpuesta por los ciudadanos **RAÚL ABREU LÓPEZ, JELIXÉ CAROLINA SILVIO GONZÁLEZ y KARINA VILLANUEVA ARRIENS**, cedulados bajo los números 14.156.144, 11.778.235 y 14.121.448, respectivamente, abogados, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 87.017, 76.472, y 121.095, actuando en carácter de apoderados judiciales del **Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)**, de la Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia número 1202 del 25 de noviembre del 2010.

1.- Se **ANULA** la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia número 1202 del 25 de noviembre del 2010.

2.- Se **ORDENA** reponer la causa al estado en que la Sala Político Administrativa vuelva a decidir la pretensión de la parte actora tomando en consideración el criterio señalado por esta Sala Constitucional en la presente decisión.

3.- Se **ACUERDA** el carácter extensivo de la presente decisión, a todas aquellas sentencias que versen sobre la misma materia y que hayan contrariado el criterio establecido por esta Sala Constitucional en cuanto a los Aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV).

4.- Se **ORDENA** la publicación íntegra del presente fallo en la Gaceta Judicial y la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente: *“Sentencia de la Sala Constitucional que interpreta la normativa que define al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, de acuerdo a los principios de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y de interpretación más favorable al trabajador, y considera que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, como parte del régimen prestacional de vivienda y hábitat y del sistema de seguridad social, no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo las normas del derecho tributario”*.

Publíquese y regístrese y remítase a la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 28 días del mes de Noviembre de dos mil once (2011). Años: 201° de la Independencia y 152° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Ponente

El Vicepresidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp. N° AA50-T-2011-1279

LEML/

El Magistrado **Marcos Tulio Dugarte Padrón**, de conformidad con el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, si bien **está conforme con el criterio de declarar ha lugar la solicitud de revisión en la sentencia que antecede** y en consecuencia anular el fallo dictado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia número 1202 del 25 de noviembre del 2010, presenta su voto concurrente visto el particular señalamiento que se hace en su dispositiva de *“reponer la causa al estado en que la Sala Político Administrativa vuelva a decidir la pretensión de la parte actora tomado en consideración el criterio señalado por esta Sala Constitucional en la presente decisión”*.

Al respecto, si bien se comparten las consideraciones que se realizan en la sentencia, relativas a los derechos a la seguridad social, vivienda y trabajo, de las cuales podemos acertadamente concluir que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no tienen naturaleza tributaria, no están sujetos al Código Orgánico Tributario y en consecuencia no pudiera aplicársele la prescripción dispuesta en ese texto normativo, no se comparte la orden de remisión o reenvío de la causa a la Sala Político Administrativa para que decida nuevamente la pretensión acogiendo al criterio de esta Sala.

En este sentido, estima el concurrente que debió tomarse en consideración el principio de la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de conformidad con el cual la justicia debe administrarse de la forma más expedita posible, *“sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”*.

Así, en el fallo del que se concurre la Sala dejó claramente establecida la naturaleza no tributaria de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, razón por la cual ha podido realizar un pronunciamiento de fondo; ello resulta obvio para quien concurre, ya que la sentencia de la Sala Político Administrativa que se anuló, concluyó que operaba al caso de autos la prescripción prevista en el Código Orgánico Tributario.

En el caso de autos, no requiere la Sala Político Administrativa hacer ningún pronunciamiento que amerite un estudio sobre circunstancias distintas a las señaladas por esta Sala en el fallo con el cual se concurre, es decir, su pronunciamiento consistirá simplemente en aplicar la doctrina de esta Sala y su conclusión no podrá ser otra que indicar que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no podían prescribir por no serles aplicables las disposiciones del Código Orgánico Tributario.

Llama particularmente la atención de quien concurre, que en un caso como el presente donde están involucradas razones de orden público relativas a derechos constitucionales como el trabajo, la seguridad social y la vivienda, la mayoría sentenciadora haya optado por un camino procesal que resulta mucho más largo y menos expedito -además de innecesario- al haber enviado la causa a la Sala Político Administrativa para que emita nuevo pronunciamiento.

De hecho, un retardo en la aplicación del criterio contenido en la sentencia con la cual se concurre, representa que los trabajadores no puedan solicitar financiamientos con recursos provenientes del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda y que el mismo Estado no pueda captar con la premura que requiere, los recursos financieros necesarios para la adquisición de viviendas, circunstancia que -por demás- fue destacada por el referido fallo al indicar que *“observa con preocupación esta Sala la imposibilidad que tiene tanto el trabajador de poder reclamar lo que se le descontó y no se enteró por este concepto, con lo que se le limita indirectamente el acceso a una vivienda digna, por cuanto producto de la distorsionada aplicación de la prescripción tributaria, se encuentra en estado de insolvencia con el Fondo, requisito este indispensable para la solicitud de financiamientos con recursos provenientes del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda”*.

Debe destacarse igualmente, otro elemento que juega en contra de una justicia expedita que tiene que ver con los retardos que se generarían como consecuencia de las inhibiciones de los Magistrados de la Sala Político Administrativa, por cuanto al haber emitido opinión deberán apartarse de las causas y procederse a las convocatorias de ley. Así, se someterá a los interesados a la espera adicional de que se resuelvan las inhibiciones, se efectúen las convocatorias y finalmente se pueda constituir la Sala Accidental correspondiente, que es quien podrá emitir pronunciamiento siguiendo la doctrina de esta Sala Constitucional.

Además, visto que se acordó la extensión de los efectos del fallo, ello puede suponer en consecuencia, que los justiciables deban acudir primero ante esta Sala Constitucional para

lograr la referida extensión y luego acudir a la Sala Político Administrativa para que se dicte sentencia de fondo; todo ello -a criterio del concurrente- constituye un trámite que pudiera obviarse si esta Sala hubiese realizado un pronunciamiento sobre el fondo de la causa, sin tener que poner en juego el carácter expedito de la justicia.

Igualmente, entiende el concurrente que no son pocas las causas iguales a la presente que cursan ante la Sala Político Administrativa, por ello choca con políticas judiciales de economía y de eficiencia, el de encargar -o recargar- a la Sala Político Administrativa de un alto número de causas en las cuales no solo debe decir el fondo, sino que además debe seguir el a veces engorroso proceso de las inhibiciones, convocatorias y finalmente constitución de las Salas Accidentales.

Finalmente, si bien el criterio que utilizó la mayoría respondía a una de las solicitudes de la parte actora, no podía dejarse, como se hizo, sin resolución ni pronunciamiento alguno el fondo de la causa, así como las distintas solicitudes formuladas por BANAVIH, respecto a la orden a los sujetos obligados a hacer el aporte al mencionado Fondo y la experticia contable para estimar los montos declarados en el fallo anulado prescritos, los cuales, conforme al criterio compartido, son imprescriptibles.

En efecto, estima quien suscribe que en la revisión solicitada sin señalar motivo de hecho y de derecho se dejó de resolver la petición formulada como **TERCERO** que incluía no sólo la anulación de la decisión N° 01202 del 25 de noviembre de 2010, sino de "...las identificadas en este escrito que contienen dicho criterio" (véase, folio 2 del escrito y su vuelto). Así como también sin pronunciamiento o resolución quedó el petitorio **QUINTO** en el cual además de precisarse las sentencias que adolecen del mismo vicio que la impugnada, se solicitó se "***ORDENE a todos los sujetos obligados a DEPOSITAR los aportes al mencionado Fondo conforme al procedimiento aplicable desarrollado en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.889 ambas del 31 de julio de 2008, y demás normativas de rango sublegal emanada del Ministerio del Poder Popular de Vivienda y Hábitat; que por ahora están determinados según las sentencias de la Sala Político-Administrativa en ciento ochenta millones doscientos cuarenta y ocho mil ciento cincuenta y dos con ochenta y siete céntimo de Bolívares (Bs. 180.248.152,87)...***"; e, igualmente, quedó sin resolución la experticia contable complementaria pedida por BANAVIH.

Queda así expuesto el criterio de quien concurre respecto a lo expresado por la mayoría en el presente fallo. Fecha *ut supra*.

La Presidenta de la Sala,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vicepresidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

Concurrente

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp. 11-1279

MTDP

Quien suscribe, **JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, presenta su voto concurrente sobre la decisión tomada, por lo siguiente:

En la parte dispositiva de la sentencia suscrita por la mayoría, luego de anularse el fallo dictado por la Sala Político-Administrativa, se ordena reponer la causa al estado en que dicha Sala vuelva a decidir la pretensión de la parte actora tomando en consideración el criterio señalado por esta Sala en la presente decisión, siendo que dicho reenvío comporta una dilación inútil que atenta contra la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 constitucional y de lo dispuesto en el artículo 257 *eiusdem*.

Ello por cuanto dicha reposición evidentemente requiere la constitución de una Sala con distintos miembros a los que suscribieron el fallo anulado, siendo para quien suscribe que planteado como fue un tema de alta trascendencia nacional por el carácter social que reviste al mismo, al examinarse lo relativo al carácter que verdaderamente tiene el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, y al establecerse en forma vinculante que los mismos “...*no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo las normas del derecho tributario*”, **criterio con el cual se está plenamente de acuerdo**, debía esta Sala Constitucional resolver el asunto planteado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicando de inmediato el criterio al cual constitucionalmente da vida en la sentencia, y que respondía a una de las solicitudes de la parte actora, mas no dejar, como se hizo, sin resolución ni pronunciamiento alguno el fondo de la causa, así como las distintas solicitudes formuladas por BANAVIH, respecto a la orden

a los sujetos obligados a hacer el aporte al mencionado Fondo, y la experticia contable para estimar los montos declarados en el fallo anulado prescritos, los cuales, conforme al criterio compartido, son imprescriptibles.

En efecto, estima quien suscribe que en la revisión solicitada sin señalar motivo de hecho y de derecho se dejó de resolver la petición formulada como **TERCERO** que incluía no sólo la anulación de la decisión N° 01202 del 25 de noviembre de 2010, sino de “...las identificadas en este escrito que contienen dicho criterio” (véase, folio 2 del escrito y su vuelto). Así como también sin pronunciamiento o resolución quedó el petitorio **QUINTO** en el cual además de precisarse las sentencias que adolecen del mismo vicio que la impugnada, se solicitó se “**ORDENE a todos los sujetos obligados a DEPOSITAR los aportes al mencionado Fondo conforme al procedimiento aplicable desarrollado en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.889 ambas del 31 de julio de 2008, y demás normativas de rango sublegal emanada del Ministerio del Poder Popular de Vivienda y Hábitat; que por ahora están determinados según las sentencias de la Sala Político-Administrativa en ciento ochenta millones doscientos cuarenta y ocho mil ciento cincuenta y dos con ochenta y siete céntimo de Bolívares (Bs. 180.248.152,87)...**”; e, igualmente, quedó sin resolución la experticia contable complementaria pedida por BANAVIH.

También en el fallo se acordó, darle el carácter extensivo de la presente decisión sobre “...todas aquellas sentencias que versen sobre la misma materia y que hayan contrariado el criterio establecido por esta Sala Constitucional en cuanto a los Aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV)”, dispositivo que no encuentra congruencia con la motiva de este fallo, pues en el mismo no aparece resuelto ese petitorio de la solicitud de revisión, así como tampoco existe en la motiva un pronunciamiento en torno a la solicitud de “**PARALIZACIÓN de las causas en el estado o grado que se encuentren en los Tribunales de la República, con efecto progresivo para las que se admitan nuevamente...**”, formulada por la representación judicial del BANAVIH, para lo cual aportó

como anexó "...Marcado con la letra "C", listado de 54 Sentencias emanadas de la Sala Político-Administrativa, relacionadas con el objeto de la Presente Solicitud de Revisión)".

Así, en el criterio de quien suscribe, darle la solución efectiva e inmediata al caso, es lo que procedía, tal y como se ha hecho en otras causas donde se han anulado fallos y se ha decidido sin reenvío al estimar el mismo como una dilación inútil (vid. entre otros, sentencia N° 194 del 4 de marzo de 2011).

En efecto, el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone:

Artículo 35: Cuando se ejerza la revisión de sentencias definitivamente firmes, la Sala Constitucional determinará los efectos inmediatos de su decisión y podrá reenviar la controversia a la Sala o tribunal respectivo **o conocer la causa**, siempre que el motivo que haya generado la revisión constitucional sea de mero derecho y no suponga una nueva actividad probatoria; o que la Sala pondere que el reenvío pueda significar una dilación inútil o indebida, cuando se trate de un vicio que pueda subsanarse con la sola decisión que sea dictada.

Por estos motivos, quien suscribe estima que en el asunto planteado, partiendo de una concepción clara sobre lo que es el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) y que finalidad tiene el mismo, debía darse de inmediato la aplicación de esa interpretación al caso planteado, siendo el reenvío a la Sala Político Administrativa innecesario, al contar, conforme lo señalado en los alegatos y fundamentos de la solicitud de revisión, así como en los Anexos (vid. Capítulo VI de la solicitud donde aparecen identificados los documentos aportados por el BANAVIH en apoyo a sus peticiones), de elementos suficientes para dar la

protección constitucional requerida; máxime cuando ello es lo que se corresponde con la deliberación del asunto efectuada el día jueves 28 de noviembre de 2011.

En estos términos, queda expuesto el voto de quien suscribe.

En Caracas, a la fecha *ut supra*.

La Presidenta de la Sala,

Luisa Estella Morales Lamuño

El Vicepresidente,

Francisco Antonio Carrasquero López

Los Magistrados,

Marcos Tulio Dugarte Padrón

Carmen Zuleta de Merchán

Arcadio Delgado Rosales

Juan José Mendoza Jover

Gladys María Gutiérrez Alvarado

El Secretario,

José Leonardo Requena Cabello

Exp. N° 11-1279

Quien suscribe, Magistrada **Gladys María Gutiérrez Alvarado**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, presenta su voto concurrente sobre la decisión tomada por la mayoría de esta Sala, por el siguiente razonamiento:

La decisión de esta Sala Constitucional efectúa una interpretación de las normas que rigen los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda a la luz del derecho a la seguridad social establecido en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, atendiendo a criterios progresistas de interpretación de los principios de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, con fundamento en el Estado social de Derecho y de Justicia que propugna la Carta Magna; en virtud de ello revisó lo sostenido en este sentido por la Sala Político Administrativa y estableció que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, como parte del régimen prestacional de vivienda y hábitat y del sistema de seguridad social, no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo el sistema tributario y ostentan el carácter de imprescriptibilidad, interpretación ésta acertadamente realizada la cual comparte plenamente quien suscribe.

No obstante a ello, en la parte dispositiva de la sentencia, luego de anularse el fallo dictado por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, “...[s]e **ORDENA** reponer la causa al estado en que la Sala Político Administrativa vuelva a decidir la pretensión de la parte actora tomando en consideración el criterio señalado por esta Sala Constitucional en la presente decisión.”

Sobre este particular, se considera que la Sala debió decidir sin reenvío, en protección de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de lo dispuesto en el artículo 257 *eiusdem*. (vid. entre otras, sentencia N° 194 del 04.03.2011).

La Sala destaca “...*que la interpretación hecha por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, y bajo la cual se intentó adecuar los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda al sistema tributario, específicamente encuadrando dichos aportes en la concepción de parafiscalidad: parte de una concepción que choca con principios fundamentales del Estado social que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por lo que esta Sala Constitucional considera que debe revisar dicho criterio y establecer que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, como parte del régimen prestacional de vivienda y hábitat y del sistema de seguridad social, no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo el sistema tributario. Así se declara.*”

Igualmente, efectuándose “...*una interpretación conforme al principio de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (...) y del principio de interpretación más favorable al trabajador (...) a la luz de la concepción del estado social de derecho y de justicia, en el que el interés superior es el del trabajador; (...) [se] declara la imprescriptibilidad de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.*”

Por ello, se considera que esta Sala Constitucional al ejercer su potestad de revisión conforme al artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debió aplicar de inmediato el criterio fijado de manera constitucionalizante, conforme a la solicitud formulada por Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), respecto a la orden a los sujetos obligados a hacer el aporte al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), y la experticia contable para estimar los montos declarados en el fallo anulado, los cuales, conforme al criterio que expuso de manera unánime la Sala, son imprescriptibles.

Tal potestad de conocer la causa debió ser ejercida conforme a las facultades que otorga a esta Sala Constitucional el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que a tenor dispone:

“Artículo 35: Cuando se ejerza la revisión de sentencias definitivamente firmes, la Sala Constitucional determinará los efectos inmediatos de su decisión y podrá reenviar la controversia a la Sala o tribunal respectivo o conocer la causa, siempre que el motivo que haya generado la revisión constitucional sea de mero derecho y no suponga una nueva actividad probatoria; o que la Sala pondere que el reenvío pueda significar una dilación inútil o indebida, cuando se trate de un vicio que pueda subsanarse con la sola decisión que sea dictada.”

Por estos motivos, quien suscribe estima que en el asunto planteado, partiendo de una concepción clara sobre lo que es el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) y la finalidad que persigue, debía darse de inmediato la aplicación de esa interpretación al caso planteado, siendo el reenvío a la Sala Político Administrativa innecesario, al contar, conforme lo señalado en los alegatos y fundamentos de la solicitud de revisión, así como en los Anexos (vid. Capítulo VI de la solicitud donde aparecen identificados los documentos aportados por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) en apoyo a sus peticiones), de elementos suficientes para dar la protección constitucional requerida.

Por último, y conforme al carácter de imprescriptibilidad que fijó la Sala mediante doctrina vinculante, debió establecer los efectos *“ex tunc”* de la sentencia desde el 15 de diciembre de 1993, fecha en la cual tuvo su origen el Ahorro Habitacional Obligatorio establecido en la derogada Ley de Política Habitacional, publicada en la Gaceta Oficial de la entonces República de Venezuela n.º 4.659 Extraordinario, de esa misma fecha.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada, quien presenta su voto concurrente.

En Caracas, a la fecha *ut supra*.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Ponente

El Vicepresidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

.../

...

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

VOTO CONCURRENTE