

Los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo las normas del derecho tributario

0173

Los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo las normas del derecho tributario

Expediente: 2011-1279

Sentencia: 1771

Tribunal Supremo de Justicia

Sala Constitucional

Magistrado Ponente: LUISA ESTELLA

MORALES LAMUÑO

Fecha: 28/11/2011

Partes: BANCO NACIONAL DE VIVIENDA Y HABITAT.

Objeto: 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.

Decisión: Declara 1. **ANULA** la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia número 1202 del 25 de noviembre del 2010. 2. **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. **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. **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”*.

“(Omissis...)”

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 “la 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 el 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 “desde 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 previ-

sionales 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’ (Cabanelas). 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 en-

cuentra 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”.

“(Omissis...)

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”.

“(Omissis...)

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 So-

cial 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, “confundir 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 expresa-

mente 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 los trabajadores como parte del derecho constitucional a la seguridad social, recordando que este constituye un derecho humano fundamental irrenunciable, indivisible e interdependiente, cuya interpreta-*

ción 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.

“(Omissis...)”

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

“(Omissis...)”

(...) 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:

“(Omissis...)”

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 adminis-

tradores 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.

“(Omissis...)”

En resumidas cuentas, la Sala Política 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 patronos 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 el 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.

“(Omissis...)”

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.

“(Omissis...)”

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”.

“(Omissis...)”

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).

“(Omissis...)”

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 responsabilidad, 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).

“(Omissis...)”

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 trabadores, entendiéndose las patronas y patrones, 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.

“(Omissis...)”

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 figura 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 des-

conoce 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 regirán 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 (...) 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”*.

“(Omissis...)”

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 acogándose 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 Presta-**

cional 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 Bolívars (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*.

“(Omissis...)”

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 “**PARALI-**

ZACIÓN 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 anexo “...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.

“(Omissis...)”

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, “...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”.

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 Obli-

gatorio 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 solo 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.

(...)