
BOLETÍN INFORMATIVO*

SENTENCIA

SALA CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

En fecha 25 de octubre de 2017, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Juan José Mendoza Jover, expediente número 09-1174, dictó sentencia en la que declaró que a las empresas que posean capital participativo del Estado así como los municipios, como entidades político territoriales locales, se les concederán los privilegios y prerrogativas procesales del Estado.

La Sala estableció:

IV

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Previamente es deber de esta Sala pronunciarse en cuanto a la tempestividad del presente recurso de apelación y en tal sentido observa lo siguiente:

1. La admisión de la acción de amparo fue notificada al BANAVIH el 21 de enero de 2009, tal y como se desprende al folio 152 del expediente, asimismo la audiencia constitucional se fijó para el 02 de febrero de 2009 como consta del auto de fecha 29 de enero de 2009, el cual cursa inserto al folio 158 del presente expediente.
2. En la fecha pautada para la audiencia, se presentaron ante el Juzgado Superior Séptimo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas la parte accionante y la representación del Ministerio Público, y sin que estuviese presente la representación del BANAVIH, la Jueza *a quo* difirió la audiencia señalando que la fijaría mediante auto separado.
3. El 03 de febrero de 2009 el *a quo* fijó la audiencia constitucional para el día 05 de febrero de 2009, siendo celebrada ese día con la participación de los accionantes y del Ministerio Público.
4. En dicha audiencia el *a quo* declaró con lugar la acción de amparo constitucional, dictando el auto fundado en fecha 06 de febrero de 2009, siendo notificados de la decisión la Procuraduría General de la República el 06 de marzo de 2009 y el BANAVIH el 31 de marzo de 2009, mediante notificación tácita de su representante, quien interpuso en dicha fecha recurso de apelación.

En virtud de las consideraciones supra expuestas, esta Sala considera que los representantes tanto de la Procuraduría General de la República como del BANAVIH, no se encontraban a derecho desde el diferimiento efectuado el 02 de febrero de 2009, motivo por el cual el Juzgado *a quo* debió proceder a la citación de tales organismos a los fines de emplazarlos a la audiencia constitucional, en síntesis, al no encontrarse a derecho las partes desde el 02 de febrero de 2009, mal puede declararse inadmisibles el presente recurso de apelación, ya que dicha citación debió hacerse de manera obligatoria conforme al criterio establecido por esta Sala en sentencia número 956/2001, caso: “*Frank Valero y otros*”. Por las razones precedentemente expuestas, es por lo que esta Sala Constitucional declara la tempestividad del recurso de apelación. Y así se decide.

No obstante lo anterior, esta Máxima Interprete Constitucional aprecia que existe un escrito de fundamentación por parte del representante judicial del BANAVIH el cual fue presentado ante esta Sala el 03 de diciembre de 2009, es decir, pasados los treinta (30) días que prevé la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales para la presentación de dicha fundamentación, motivo por el cual se declara la inadmisibilidad del mismo. Así se decide.

Ahora bien, corresponde a esta Sala pronunciarse en cuanto a la apelación realizada por el recurrente de autos en contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Séptimo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 06 de febrero de 2009, que declaró con lugar la acción de amparo constitucional intentada por los representantes de MERCANTIL C.A., BANCO UNIVERSAL contra el BANCO NACIONAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT (BANAVIH).

Del estudio pormenorizado de las actas que conforman tanto el expediente principal como los anexos, puede apreciar la Sala que la *litis* del presente caso tiene su génesis en el procedimiento impugnativo que lleva a cabo MERCANTIL C.A., BANCO UNIVERSAL, contra el acta de fiscalización realizada por el ciudadano Sergio Roldán Meza Palma, en su carácter de fiscal del BANAVIH. Dicho proceso impugnatorio ha sido sustanciado por el ente accionado conforme las normas procesales previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, mientras que los accionantes señalan que tal procedimiento de impugnación debe ser tramitado al hilo de la normativa tributaria nacional, es decir, por el procedimiento previsto en el Código Orgánico Tributario.

En este sentido, la parte accionante señala que los aportes realizados en conjunto por el patrono y por los trabajadores se constituyen en aportes parafiscales, ello conforme al criterio sostenido por la Sala Político-Administrativo de este Tribunal Supremo de Justicia, y en razón de ello debe

sustanciarse y tramitarse el proceso de impugnación según lo previsto en la legislación tributaria patria.

Ahora bien, a los fines de dilucidar si en efecto dichos aportes se constituyen como parafiscales o no, resulta de suma importancia citar la sentencia número 1.771/2011 dictada por esta Sala Constitucional en la cual se estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

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 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:

Omissis

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

Omissis

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:

Omissis

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:

Omissis

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:

Omissis

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

Omissis

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:

Omissis

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:

Omissis

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:

Omissis

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:

Omissis

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:

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:

Omissis

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:

Omissis

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 (sic) 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:

Omissis

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

Omissis

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

Omissis

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:

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 trabajadores, 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.

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:

Omissis

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 (sic) 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 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.

De lo anterior se desprende que la Sala consideró que los aportes realizados por patrón y trabajador al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no se adecuan al concepto parafiscal, como venía sosteniendo la Sala Político Administrativa de este Alto Tribunal, y en consecuencia los pleitos en los cuales tenga parte el BANAVIH como ente de ahorro, no se sustanciarán conforme al Código Orgánico Tributario, sino conforme a las normas administrativas

comunes, es decir, las previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que dicha sentencia tuvo efectos extensivos a los expedientes que versen sobre esta misma materia, razón por la cual, a pesar de ser posterior al recurso que hoy se conoce, esta es aplicable *ratione temporis* al presente caso.

De modo que, a todas luces el origen de la presente controversia, es decir, el procedimiento impugnatorio sostenido por MERCANTIL C.A., BANCO UNIVERSAL contra el BANAVIH, es de índole netamente administrativo por lo cual dicho procedimiento de impugnación debe ser tramitado y sustanciado conforme a la normativa prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, tal y como lo viene realizando el BANAVIH.

En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declara con lugar el recurso de apelación, en consecuencia anula la decisión dictada el 06 de febrero de 2009 por el Juzgado Superior Séptimo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el cual se establece la garantía de una justicia expedita y sin reposiciones inútiles, es por lo que esta Sala declara inadmisibile, conforme al artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo constitucional interpuesta por MERCANTIL C.A., BANCO UNIVERSAL contra el BANAVIH, ya que el accionante debió culminar con el procedimiento ordinario que establece la Ley antes de hacer uso de la acción de amparo, o ejercer la vía contencioso administrativa contra el acto que consideró lesivo, conforme lo dispone el artículo 259 Constitucional y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Y así se decide.

Por otra parte, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estima conveniente reiterar los criterios jurisprudenciales establecidos en sentencias nros. 1.681/2014 y 1.506/2015, ambas dictadas por esta Sala, en lo relativo a las prerrogativas y privilegios procesales de la República extensibles a las empresas del Estado.

En este sentido la decisión 1.506 del 26 de noviembre de 2015, estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

Así las cosas, la referida Corte Segunda profirió la decisión accionada de conformidad con lo dispuesto en los aludidos artículos 64 y 87 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y con el criterio jurisprudencial expuesto, tal como bien lo señaló en su parte motiva; pues, el hecho de haber decidido el *a quo* antes que terminara el lapso, dicha actuación no significa que se “acortó” el lapso para sentenciar, no abrevió

ningún lapso ni vulneró los derechos constitucionales denunciados –al debido proceso y a la defensa-, como ya se estableció, la decisión de primera instancia se produjo en el lapso dentro del cual puede el órgano jurisdiccional dictar decisión, pues efectivamente se trata de un lapso y no de un término, correspondiéndole en todo caso a la parte que está a derecho, actuar con la debida diligencia a los efectos de ejercer de manera oportuna el recurso respectivo, en el supuesto de que el fallo sea publicado dentro de la oportunidad legal, como ocurrió en el caso de marras, en el que se garantizó los derechos constitucionales de las partes así como la certeza de los actos procesales, preservando la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Así se decide.

Considera esta Sala oportuno señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República, y en tales casos, el proceso se suspenderá por un lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir de la fecha de la consignación de la notificación practicada en el respectivo expediente.

Dicha normativa consagra una auténtica prerrogativa a los efectos de garantizarle a la República el derecho a la defensa, tomando en cuenta que, cualquier decisión dictada en su contra implicaría una posible lesión a sus intereses patrimoniales; sin embargo, en el caso concreto, la sentencia dictada el 05 de junio de 2014, por el Juzgado Superior que declaró sin lugar la demanda de contenido patrimonial incoada por el hoy accionante contra el Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Tránsito Terrestre, por órgano de la sociedad mercantil Metro de Caracas C.A., quedó firme mediante auto del 11 de agosto de 2014, además de que las partes se encontraban a derecho –tal y como lo señaló la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, hoy accionada cuando lo confirmó-, no obró contra los intereses de la República, lo que descarta la posibilidad de que ésta ejerciese recurso alguno contra la misma.

Igualmente, estima necesario esta Sala reiterar la doctrina vinculante sobre la aplicación de los privilegios procesales de la República Bolivariana de Venezuela, extensibles a las empresas estatales, pues tales privilegios constituyen un elemento de orden público dados los intereses públicos involucrados, cuya finalidad es que ésta pueda cumplir con su obligación de preservar el interés general, ante el hecho de que la sociedad mercantil Metro de Caracas S.A. es una empresa del Estado que ostenta las prerrogativas procesales que la Ley le confiere

tanto a la República como a una serie de entes de derecho público similares visto los intereses públicos que éstos gestionan (Vid. Sentencias de esta Sala Constitucional nros. 1031 del 27/05/2005, 281 del 26/02/2007 y 1681 del 27/11/2014). (Resaltado del presente fallo).

Ahora bien, resulta un hecho de carácter público, notorio y comunicacional que actualmente el Estado venezolano posee participación en un sinnúmero de empresas, tanto en carácter mayoritario como minoritario, es por ello que, conforme a la potestad conferida a esta Sala Constitucional en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establece con carácter vinculante que las prerrogativas y privilegios procesales en los procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estatal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales. Y así se establece.

No obstante lo anterior, es deber de esta Sala señalar que en sentencia 0135/2016, se estableció lo siguiente:

Visto el criterio antes referido y, determinado como ha sido que, aun siendo la sociedad de comercio Bolivariana de Aeropuertos, S.A. (BAER), como una empresa del Estado, la misma no goza de los privilegios y prerrogativas que la Ley ha acordado a favor de la República, en virtud de no existir previsión legal expresa al respecto (vid. Sentencia Nro. 2.291 de fecha 14 de diciembre de 2006, caso: *Compañía Anónima Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO)*, ratificada posteriormente, entre otras, en la decisión Nro. 1.506 del 9 de noviembre de 2009, caso: *Marina Erlinda Crespo Ferrer*), resulta forzoso concluir contrariamente al pronunciamiento objeto de revisión, que el privilegio procesal no se constituye en una inmunidad que alcance a la empresa demandada; en consecuencia, es claro que no le era aplicable la consulta, obligatoria.

Se observa de lo anterior, que la Sala retomó un criterio antiguo aplicable únicamente al caso en cuestión, sin embargo, resulta meritorio recalcar y aclarar que el criterio vigente es el establecido en los fallos nros. 1.681/2014 y 1.506/2015 dictados por esta Sala, así como el criterio vinculante que se establece en la presente decisión.

Por último, visto el carácter vinculante de la presente decisión, es por lo que se ordena la publicación del presente fallo en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Judicial y página web del Tribunal Supremo de Justicia, con el siguiente intitulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional que establece que las empresas que posean participación del Estado así como los*”

municipios y estados, como entidades político territoriales locales, se les concederán los privilegios y prerrogativas procesales”. Así se decide

V

DECISIÓN

Por las razones que se expusieron, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: CON LUGAR el recurso de apelación incoado contra la decisión dictada el 06 de febrero de 2009 por el Juzgado Superior Séptimo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

SEGUNDO: ANULA la decisión dictada el 06 de febrero de 2009 por el Juzgado Superior Séptimo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el cual se establece la garantía de una justicia expedita y sin reposiciones inútiles, es por lo que esta Sala declara **INADMISIBLE**, conforme al artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo constitucional interpuesta por MERCANTIL C.A., BANCO UNIVERSAL contra el BANAVIH.

TERCERO: ORDENA la publicación del presente fallo en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Judicial y página web del Tribunal Supremo de Justicia, con el siguiente intitulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional que establece que las empresas que posean capital participativo del Estado así como los municipios, como entidades político territoriales locales, se les concederán los privilegios y prerrogativas procesales*”.

Para revisar la sentencia completa, pulse [aquí](#) o siga el siguiente vínculo:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/204456-735-251017-2017-09-1174.HTML>

26 de noviembre de 2017

**El presente boletín fue preparado y divulgado por ZAIBERT & ASOCIADOS. Su propósito es difundir información de interés general en materia jurídica. El contenido de este informe no puede ser interpretado como una recomendación o asesoría para algún caso específico. Se recomienda consultar especialistas en la materia para la aplicación de su contenido. Quedan expresamente reservados todos los derechos.*