

Los aportes correspondientes al régimen prestacional de vivienda y hábitat a la luz de las recientes reformas legales

Juan Cristóbal Carmona Borjas

Karla D'Vivo Yusti

Abogados

Uno de los aspectos más resaltantes del Decreto N° 6.072, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat¹, así como del Decreto N° 6.243, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social², es el desconocimiento del carácter tributario de los aportes correspondientes al Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, con el consecuente impacto económico que esto ocasiona, tanto para los patronos aportantes como para los propios trabajadores.

Esta reciente reforma legal estuvo precedida por un muy cuestionable proceder por parte del ente encargado de la administración de los referidos aportes, el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), quien a partir de la entrada en vigencia de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat del año 2005³, mediante la cual se derogó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional⁴, comenzó a desconocer la naturaleza tributaria de los mismos y a exigir que se determinara el monto a pagar por concepto de la contribución en comento con base en el salario integral, partiendo de lo dispuesto en el artículo 172 numeral 1 de dicha Ley; ignorando no sólo lo previsto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social⁵, sino también el criterio sostenido en la sentencia N° 01928 de fecha 27 de julio de 2006⁷, emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la que se reconoció el carácter tributario de los aportes bajo estudio.

-
- 1 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.889 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.
 - 2 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.891 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.
 - 3 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.182 de fecha 09 de mayo de 2005, reimpresa por error material en la *G.O.* N° 38.204 08 de junio de 2005.
 - 4 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.066 de fecha 30 de Octubre de 2000.
 - 5 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.867 Extraordinario del 28 de diciembre de 2007.
 - 6 Artículo 112 Las cotizaciones, constituyen contribuciones especiales obligatorias, cuyo régimen queda sujeto a la presente Ley y a la normativa del sistema tributario.”
 - 7 Caso: *Inversiones Mukaren, C.A. vs. Dirección General de Fiscalización y Sustanciación del Consejo Nacional de La Vivienda.*

De este modo, a raíz de la entrada en vigencia de la referida Ley en el año 2005, el BANAVIH asumió que los aportes de Ahorro Obligatorio no eran de naturaleza tributaria, motivo por el cual la determinación de la base de cálculo del mismo no se encontraba sometida a los límites de imposición respecto al salario, contenidos fundamentalmente en el Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual **todos los tributos establecidos en leyes especiales a cargo de patronos y trabajadores, deben calcularse tomando como base el salario normal devengado por el trabajador**, debiendo por tanto, a juicio de dicho Ente, calcularse como lo preveía la Ley de Régimen Prestacional de la Vivienda y el Hábitat, sobre el ingreso total mensual del trabajador (salario integral).

Como consecuencia de esta interpretación, el BANAVIH obviando la sustanciación de los procedimientos que garantizan el derecho a la defensa y al debido proceso de los patronos o empleadores, comenzó a negarles las solvencias respecto a los aportes en materia de vivienda y hábitat y a establecer la obligación del pago de cuantiosas sumas de dinero por concepto de supuestos aportes omitidos, insistimos, sin que en la mayoría de los casos mediara procedimiento alguno o existiese un acto administrativo definitivamente firme.

Esta posición asumida por el BANAVIH colocó en una situación bastante difícil a los patronos o empleadores, quienes por haber adoptado la posición asumida por la Sala Político Administrativa, en cuanto al carácter tributario de los aportes, y utilizado el salario normal como base de su cálculo conforme al Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, así como el límite de diez (10) salarios mínimos previsto en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, han sido objeto de reparos por cifras exorbitantes e igualmente se les rechazan sus solicitudes de solvencias referidas a ese subsistema, necesarias para la tramitación de la Solvencia Laboral expedida por el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, sin la cual no es posible iniciar otros procedimientos por ante la Administración Pública, entre ellos, licitar obras y contratar con el Estado, solicitar créditos con el Estado a través de la banca pública, y los relativos a las solicitudes de divisas por ante la Comisión para la Administración de Divisas (CAVIDI).

Ante tal polémica, aun cursan por ante el Tribunal Supremo de Justicia recursos de interpretación interpuestos por patronos aportantes, así como un recurso de colisión de normas (Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo Parágrafo 4°, 113 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y 172 numeral 1 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat) interpuesto por el propio BANAVIH, en el que dicho ente reconoce que “para determinar la base de cálculo correspondiente a los aportes del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat, tanto la Ley Orgánica del Trabajo como la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, prevén normativas diametralmente opuestas en relación al parámetro que se debe tomar en cuenta para estimar el porcentaje a deducir en atención a dicha cotización” por cuanto “la Ley Orgánica del Trabajo ordena que las retenciones de tributos o aportes a los trabajadores se haga con base en el salario normal, mientras que la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat exige que el aporte a los fondos de vivienda se haga con base en los ingresos totales”.

Vemos como la sustitución del término *remuneración mensual básica*, como base de cálculo de las cotizaciones al Fondo de Ahorro Obligatorio, prevista en la ley primigenia, por el de *remuneración*, en la ley del año 2000, y posteriormente por el *ingreso mensual total*, en la del año 2005, al cabo de los años se convirtió en desencadenante de la degeneración experimentada por el Instituto en comento, que alcanza su mayor expresión en la reciente reforma legislativa, pues, desde el punto de vista meramente formal, el Legislador Habilitado atendió la problemática que venía confrontando el BANAVIH y recogió en la nueva normativa legal sobre la materia, todos los temas controvertidos, dando pie para que a partir de su entrada en

vigencia, aquél ente pudiera sin objeciones de los administrados exigir los aportes calculados con base en el salario integral de los trabajadores, sin sujeción a la limitación de los 10 salarios mínimos y a lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario.

Extraoficialmente se ha conocido que uno de los argumentos por los que se pretende desconocer el carácter tributario de los aportes, es que esos recursos forman parte del patrimonio de cada trabajador y no de la República o de un ente descentralizado de la Administración Pública Nacional.

En tal sentido, estimamos que si bien atendiendo al hecho de que los aportes van a la cuenta de cada trabajador, podría, en principio, considerarse válido el argumento relativo a que los recursos aportados forman parte del patrimonio de cada uno de ellos y no de la República o de un ente descentralizado de la Administración Pública Nacional, lo que desnaturalizaría su carácter tributario, tal criterio pierde validez al evaluarlo respecto al empleador o patrono, pues, independientemente del destino que puedan tener los aportes que realiza o la forma en que han sido instrumentados por el Estado, siguen siendo prestaciones coercitivas cuyo origen es la ley, que están afectados a un destino preestablecido, y cuya finalidad es de naturaleza extrafiscal.

En efecto, al evaluar la normativa reguladora de los aportes al Ahorro Obligatorio para la Vivienda, pueden destacarse las siguientes notas características: *i)* tienen su origen en la ley; *ii)* están obligados a su pago los trabajadores y patronos que se encuentren en una relación laboral dependiente; *iii)* son recursos que forman parte del patrimonio del trabajador, pero limitados en cuanto a su disposición y sometidos a la administración de un ente público; y, *iv)* son recursos que están afectados a un destino preestablecido por la ley.

Estas características evocan necesariamente a la llamada “*parafiscalidad social*”, constituida por los aportes de seguridad y previsión social que pagan patronos y trabajadores a las cajas o cooperativas de ahorro, o a determinados entes gubernamentales autónomos que prestan servicios y/o otorgan beneficios a los empleados bajo relación de dependencia. El fundamento de reclamar una *contribución* para el financiamiento de esos servicios de seguridad social, radica, en que el mismo, de por sí, significa para los integrantes del grupo comprendido en él, una ventaja de su sólo provecho, la cual se justifica en la necesidad de política social y de establecer medidas de protección a las clases trabajadoras⁸.

Más aun, si tomamos en cuenta las características del aporte que efectúa el patrono o empleador, así como el hecho de que en la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional del año 2000 las cantidades retenidas a los trabajadores y aquellas aportadas por los empleadores o patronos, si bien eran depositadas en la cuenta única del Fondo Mutual Habitacional se realizaban a nombre de cada empleado u obrero, podríamos concluir que el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su Sentencia N° 01928, en la que se reconoce el carácter tributario de los aportes, resulta igualmente aplicable a las leyes que la sustituyeron, incluso a la vigente.

Este criterio incluso se ve ratificado en un reciente fallo de la misma Sala Político Administrativa⁹ mediante la cual se admite un Recurso de Interpretación sobre el alcance y contenido del numeral 1 del Artículo 172 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, indicándose que “a los fines de establecer cuál debe ser el criterio para determinar la

8 Ramón Valdez Costa. *Curso de Derecho Tributación*, Editorial Temis, Segunda Edición, 1996.

9 Sentencia N° 00482 de fecha 23 de abril de 2008.

base imponible de la contribución parafiscal correspondiente al aporte al que están obligadas las empresas en el desarrollo de los planes para la vivienda de los trabajadores a su cargo y actuando como agentes de retención; por lo que, la materia a tratar es tributaria lo cual reviste un carácter afín con las competencias atribuidas a esta Sala Político-Administrativa, razón por la que se declara competente para conocer el recurso de interpretación interpuesto.” (Destacado propio)

En este orden de razonamiento, importa señalar que si bien siguiendo la doctrina colombiana, representada por PLAZAS VEGA¹⁰, aportes como los del Ahorro Obligatorio de Vivienda no encuadrarían dentro de la categoría de Contribuciones Parafiscales, al tener como beneficiario a los propios trabajadores en una forma individualizada, consideramos que bajo una concepción moderna de la tributación, y muy particularmente a la luz de la concepción de Estado Venezolano, como uno social de Derecho y de Justicia en el que impera el principio de solidaridad y en el que los particulares son corresponsables con el Estado en la satisfacción de las necesidades colectivas, no cabe duda que aportes como los aquí comentados no son más que una modalidad de contribución al financiamiento de las cargas públicas o mejor dicho a la satisfacción de los cometidos de la sociedad.

En nuestra opinión, del listado de notas características de los aportes en comentario podría concluirse que los mismos son propios de la figura del tributo de los tiempos actuales, corolario de lo expuesto es que el trabajador si bien es el único propietario de las cantidades aportadas, no cuenta con la libre disposición de sus bienes, pues el sistema le obliga a poder disponer de ellos únicamente para la satisfacción de sus necesidades habitacionales, asunto este que forma parte, según el artículo 82 de la Carta Magna, de las obligaciones del Estado; por ende, independientemente de la calificación y de la decisión adoptada por el Legislador Habilitado, de excluir a los aportes de la categoría de tributos, ello no es más que una flagrante violación a la dogmática tributaria, constitucionalmente acogida.

En el marco de estas breves consideraciones, no podemos dejar de lado el criterio esbozado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia N° 301 de fecha 27 de febrero de 2007, en la cual se sostuvo que “El impuesto sobre la renta a los asalariados, entonces, se aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, **sobre todo si se toma en cuenta que aquella fuente de enriquecimiento se encuentra también incidida por una serie de contribuciones parafiscales (Seguro Social, Política Habitacional, INCE)...**” e igualmente que “...la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, **puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos.**” (Destacado propio)

Esta decisión de la Sala Constitucional no sólo reconoce el carácter tributario de los aportes, sino que además -aun cuando está referida al Impuesto sobre la Renta- es de trascendental importancia en todo el ámbito fiscal, pues alude en general al sistema tributario y a su

10 Mauricio A. Plazas Vega, “Definición de Tributo” en *Historia del derecho de la hacienda pública y del derecho tributario en Italia – el aporte del pensamiento jurídico financiera de la Italia Meridional*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá 2004.

necesaria adecuación a los postulados constitucionales relativos a la capacidad contributiva y la justicia tributaria, fundamentales en un Estado Social de Derecho y de Justicia, en el que se le otorga una protección especial al trabajador y se busca evitar que la carga tributaria excesiva afecte el nivel de vida de la familia venezolana, desvirtuando al salario como fuente fundamental del sustento familiar.

Así, el bien jurídicamente tutelado en las ya derogadas leyes de Política Habitacional y de los sistemas de la Seguridad Social, con la fijación de un límite en la base de cálculo de los aportes, coincide con el derecho amparado en la sentencia de la Sala Constitucional, que no es otro que el previsto en el artículo 91 de la Carta Magna, según el cual: “Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales...”.

Tal como lo señala la Sala Constitucional, la sumatoria de aportes que se traducen en retenciones al salario, independientemente de que sigan formando parte del patrimonio del trabajador y le den acceso a ciertos beneficios sociales, restan autonomía y poder de decisión al punto de poder atentar contra de su verdadero propósito. Luego cuando la Ley del Sistema de Seguridad Social, excluye a los aportes del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de los límites a la imposición previstos en la Ley Orgánica del Trabajo, exacerba la expoliación de que ha venido siendo objeto el salario.

A la luz de lo expuesto, no podemos ignorar aspectos como el relativo a la vulnerabilidad del Principio de Legalidad Tributaria, que se constata al evaluar normas como las aquí referidas, y que deriva en gran medida de las Habilitaciones constantes al Ejecutivo Nacional en materia tributaria; por otra parte, a la falta de técnica legislativa, aunado a la práctica del legislador de dejar en manos del reglamentista la regulación de materias sujetas a reserva legal; así como la denominación de instituciones de evidente carácter tributario, como aportes o inversiones, con miras a dejarlas al margen de la sistemática tributaria y, la falta de autonomía por parte del Poder Judicial.

Esta gestión del Estado pone en mayor evidencia la fragilidad del Principio de Legalidad como mecanismo dirigido a proteger los derechos y garantías del administrado, al poderse afirmar en este contexto, al igual que en otros, que la sola forma no puede privar sobre la sustancia. De nada vale crear y regular el tributo mediante ley, si en ella no se respetan los derechos y garantías del contribuyente o si el destino dado a lo recaudado hace nugatorios los sacrificios que su instrumentación supuso.

Por tanto, la legitimidad para crear y exigir el pago de los tributos no puede, hoy día, seguir descansando únicamente en el poder soberano del Estado, ni en el cumplimiento de la sola formalidad de crear el tributo mediante ley, pues, la legitimidad ha de depender, por una parte, de que el Legislador respete la dogmática y esencia del Derecho Tributario, y por la otra, de la actuación que el Estado haya llevado adelante en el destino dado a los recursos obtenidos por esa vía.

Vemos con asombro el alto déficit de viviendas que se registra en el país desde hace muchos años, a pesar de los ya casi 20 años de la instauración del Ahorro Obligatorio en comentarios, lo cual constituye muestra clara e irrefutable de la violación, por parte de un Estado, de los principios y derechos humanos consagrados en el Pacto de San José y en la Constitución que los rige, luego, es importante preguntarse entonces si puede un Estado con un récord negativo en este tipo de indicadores, continuar creando tributos y exigir su pago amparándose a tales fines en el simple dictado de una ley y en su autoridad soberana.

En los tiempos que corren el poder de imperio y de sanción, propios del Estado e inmanentes a la tributación, no lo eximen del cumplimiento de los deberes de los que deriva su legitimidad, entre ellos, los principios constitucionales relativos a la no confiscatoriedad de los tributos y el de la capacidad contributiva, pero fundamentalmente los principios destinados a proteger a los trabajadores.

Con fundamento en los razonamientos previamente esbozados disintimos de la posición que había venido asumiendo el BANAVIH, ahora acogida por el Legislador Habilitado -y que incluso ha estado presente no sólo respecto de este tipo de aportes, sino también de otros, como los previstos en la Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación o en la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas- por cuanto, a pesar de que los recursos recaudados por concepto de Ahorro Habitacional no forman parte del patrimonio de la República o de un ente descentralizado de la Administración Pública Nacional, atendiendo a las características propias de estas contribuciones, no puede más que concluirse que estamos en presencia de tributos, y, por ende, los mismos no pueden estar al margen de la principios legales y constitucionales que ordenan el sistema tributario, y más aun de aquellos que buscan la protección del salario como fuente fundamental del sustento familiar de los trabajadores.