

EFECTOS DE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 120 DEL 22 DE FEBRERO DE 2012 (Caso: BANAVIH)

Carlos Reverón Boulton
Abogado

Resumen: *Análisis de los efectos y antecedentes jurisprudenciales de la decisión por medio de la cual, se estableció que no existe colisión entre la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, por cuanto, en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dichas leyes tienen un ámbito de aplicación distinto ya que previamente, esa Sala había afirmado que el aporte al cual se refiere la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat no tiene naturaleza tributaria.*

Palabras Clave: *BANAVIH, FAOV, aporte, imprescriptibilidad, sancionador, tributo, salario.*

Abstract: *Analysis of the effects and Case Law previous considerations of the Venezuelan Supreme Court's decision whereby it held that there is no conflict between "Ley Orgánica del Trabajo" and "Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat", since such statutes differ as to what their scope is. The foregoing conclusion has been drawn from a previous holding of this Court, in which it had held that the contribution included in "Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat" does not constitute a tax".*

Key words: *BANAVIH, FAOV, contribution, imprescriptibility, power to define crimes or outlaws and set punish for them, tax, salary.*

I. INTRODUCCIÓN

La presente nota, tiene por objeto analizar el contenido de la sentencia N° 120, del 22 de febrero de 2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por medio de la cual se estableció que no existe colisión entre el artículo 133, parágrafo cuarto de la Ley Orgánica del Trabajo (en adelante "LOT") y el artículo 30, ordinal 1 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (en lo sucesivo "Ley BANAVIH").

La Sala precisó que no existe colisión en virtud de que el ámbito de aplicación del artículo 133, parágrafo cuarto de la LOT son las obligaciones de naturaleza tributaria derivadas de la relación de trabajo, mientras que el artículo 30, ordinal 1, de la Ley BANAVIH, hace referencia a un sistema distinto al régimen laboral, dado que ésta última Ley *abarca como norma especial la esfera de la seguridad social para vivienda y hábitat, como parte del sistema de la seguridad social* (en adelante aludida como "la sentencia N° 120").

El estudio se realizará a partir de las distintas sentencias que con relación al aporte del *ahorro obligatorio* que conforma el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (en lo sucesivo "FAOV") ha dictado en los últimos años el Tribunal Supremo de Justicia, así como, los antecedentes previos a la vigente Ley BANAVIH.

El objetivo del análisis, es ubicar cuáles son los posibles efectos de la sentencia N° 120 en el ámbito material, es decir, cómo en nuestro criterio será entendida y aplicada esa decisión por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH).

En virtud de lo anterior, la presente nota sólo estará dividida en dos partes; una para ubicar los antecedentes de la sentencia N° 120 y la otra, para delimitar lo que a nuestro entender serán los efectos de esa decisión.

II. ANTECEDENTES

El antecedente inmediato de la sentencia N° 120 lo encontramos en la decisión N° 1771 de la misma Sala del 28 de noviembre de 2011, por medio de la cual se estableció que el aporte que conforma el FAOV constituye un ahorro con el fin de garantizar el acceso a la vivienda, por lo tanto *no se rigen bajo el sistema tributario* y, en consecuencia, ese aporte es *imprescriptible*. En concreto, la Sala señaló lo siguiente:

“(…) 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”.

(...)

“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”.

Obsérvese que la Sala creó jurisprudencialmente una obligación cuya exigibilidad de pago es imprescriptible¹, independientemente de que a criterio del Tribunal Supremo de Justicia, el aporte del *ahorro obligatorio* no tenga naturaleza tributaria².

Adicionalmente, a través de esta decisión se delimitaron las bases de la sentencia N° 120, por cuanto al afirmarse que esa obligación no tiene naturaleza tributaria, se excluye de la

¹ Una adecuada definición de lo que es la prescripción la encontramos en el **artículo 1952 del Código Civil Venezolano**: “La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la ley.”

² Anteriormente, el *ahorro obligatorio* era entendido como una contribución parafiscal, para ayudar en la obtención de una vivienda o sufragar un gasto relacionado con ésta, para ello el Estado deberá crear un fondo especial. Esos tributos “*derivan del poder de imperio del Estado, pero, a diferencia de aquellos, hallan su justificación en los beneficios o ventajas obtenidos por personas o grupos sociales como consecuencia de la realización de obras públicas o de actividades estatales*” (Giuliani Fonrouge, Carlos. “*Derecho Financiero, Vol. II*”, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1993, p. 1003). Ver también Villegas, Héctor “*Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*”, Buenos Aires, 2005.

aplicación de la LOT y, en consecuencia, no hay colisión entre esa ley y la Ley BANAVIH, dado que el párrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, se refiere al salario que servirá de base para el pago de una obligación tributaria por parte del patrono o del trabajador³.

Previo a esa decisión, el Tribunal Supremo de Justicia, se había pronunciado con relación al pago del aporte del *ahorro obligatorio*, a través de la Sala Político Administrativa al precisarse que conforme al párrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, ese aporte se calcularía utilizando el salario normal del trabajador⁴.

Así tenemos, por ejemplo, que mediante la decisión N° 152 del 11 de febrero de 2010⁵, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se confirmó el criterio establecido por esa Sala, en las decisiones N° 1102 del 22 de julio de 2009 (caso: *Vehicle Security Resources de Venezuela, C.A.*) y N° 1540 del 28 de octubre de 2009 (caso: *Alimentos Kellogg, S.A.*), según las cuales, la base imponible del aporte para el FAOV debía realizarse con base al salario normal del trabajador⁶.

III. EFECTOS DE LA SENTENCIA N° 120

Luego de haberse revisado los antecedentes jurisprudenciales de la sentencia N° 120, a continuación se expondrán los principales efectos que se desprenden de esa decisión, en la que particularmente se señaló lo siguiente:

³ **Parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT:** “Cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó.

⁴ La Sala Político Administrativa sostenía ese criterio, en virtud que consideraba que el aporte que conforma el FAOV era un tributo. (Ver sentencias: N° 1303 del 23 de septiembre de 2009, caso: *Administradora de Planes de Salud Clínicas Rescarven, C.A.*, N° 1270 de fecha 09 de diciembre de 2010, caso: *FARMA, S.A.*, N° 844 del 29 de junio de 2011, caso: *Industrias Diana, C.A.*, N° 1007 del 18 de septiembre de 2008, caso: *Festejos Mar, C.A.*, N° 1102 del 22 de julio de 2009, caso: *Vehicle Security Resources de Venezuela, C.A.*, N° 1127 del 29 de julio de 2009, caso: *Estructuras Nacionales, S.A. (ENSA)*, N° 1540 del 28 de octubre de 2009, caso: *Alimentos Kellogg, S.A.*, N° 659 del 7 de julio de 2010, caso: *Transporte Premex C.A.* y N° 591 del 11 de mayo de 2011, caso: *Proyecta Corp, S.A.*).

⁵ “Aplicando la normativa antes transcrita así como los citados criterios jurisprudenciales al caso bajo análisis, concluye esta Sala al igual que lo hizo en casos similares al de autos (Vid. sentencias N° 001102 de fecha 22 de julio de 2009, caso: *Vehicle Security Resources de Venezuela, C.A.* y N° 01540 del 28 de octubre de 2009, caso: *Alimentos Kellogg, S.A.*) que -conforme fue apreciado por el Tribunal a quo- resulta improcedente la exigencia de la diferencia de aportes al Fondo Mutual Habitacional y al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, correspondientes a los períodos impositivos de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, considerados omitidos por el acto recurrido, por cuanto se constató que el Banco Nacional de la Vivienda y el Hábitat (BANAVIH) añadió dentro de la base imponible de los referidos aportes, las partidas por conceptos de horas extras, bonificaciones, bono nocturno, prima de producción, bono de trabajos extras, vacaciones, comisiones, utilidades, las cuales -tal como fue expresado precedentemente- no deben incluirse por no estar contenidas dentro de la base de cálculo del citado aporte patronal, que se encuentra delimitado por el salario normal a que hace alusión el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo”.

⁶ Recuérdese que, sobre este aspecto, ya existe un precedente previo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de la decisión N° 301 del 27 de febrero de 2007, por medio de la cual se precisó el alcance del concepto de salario normal a los fines del cálculo del impuesto sobre la renta (ver también las sentencias de la Sala Constitucional N° 390 del 09 de marzo de 2007 y N° 980 del 17 de junio de 2008).

“Tal ha sido el esclarecimiento que esta Sala dio sobre los aspectos controvertido sobre la naturaleza de los aportes destinados al sistema de vivienda y hábitat cuando analizó en la sentencia núm. 1771/2011 que los aportes realizados por patronos y trabajadores al sistema prestacional de vivienda y hábitat no son de naturaleza tributaria; sino que son una modalidad de ahorro que puede estar a disposición de los trabajadores para la adquisición o remodelación de viviendas, por lo que el uso facultativo de los fondos para esa finalidad hacía de por sí que dicha obligación no sea de naturaleza tributaria.

(...)

Al disponer una clara diferenciación con respecto a la naturaleza de los aportes al sistema prestacional de vivienda y hábitat bajo la modalidad de ahorro, se determina con claridad que la norma especial en la materia no colide de manera alguna con la Ley Orgánica del Trabajo, por estar relacionada al régimen tributario referente al cómputo para los aportes destinados a sufragar tasas, impuestos y contribuciones especiales. Se observa que al pertenecer dichas normas a dos sistemas diferentes –una de las obligaciones derivadas de la relación laboral, la otra a los aportes para el sistema de la seguridad social de vivienda y hábitat- determina que no existe contradicción alguna entre ellas. En el presente caso, no existe ninguna antinomia en el sentido abstracto de ambas normas, y ni siquiera puede darse una colisión en su exteriorización o aplicación por comprender dos regímenes totalmente distintos.

(...)

Lo pretendido por las partes demandantes incurre en lo que esta Sala ha denominado “colisión de sistemas normativos” (vid. s. S.C. núm. 356 del 11 de mayo de 2000) en los cuales se trata de comparar de manera aislada dos normas que en cuyo contexto podría arrojar una antinomia; no obstante, al constatar que tales preceptos pertenecen a sistemas distintos y su campo de aplicación resulta uno ajeno del otro, dilucida la falta de colisión”⁷.

En concreto, los efectos de esa decisión son los siguientes:

a. De la sentencia N° 120 se desprende que al no existir colisión entre ambos cuerpos normativos, el aporte del *ahorro obligatorio* que conforma el FAOV deberá ser calculado con base al salario integral del trabajador. Ello por cuanto, al haberse señalado que no tiene naturaleza tributaria esa obligación, no le es aplicable lo establecido en el parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, sino el artículo 30.1 de la Ley BANAVIH⁸, que dispone que el salario integral será la base de cálculo de ese aporte.

⁷ Se debe precisar que previo a esta decisión, una de las defensas del BANAVIH en juicio en las causas que se sustanciaban en la Sala Político Administrativa, era indicar que existía un recurso de colisión de leyes en virtud de lo dispuesto en la LOT y en la Ley BANAVIH (ver por ejemplo, la decisión de la Sala Político Administrativa N° 1285 del 18 de octubre de 2011).

⁸ **Artículo 30:** “El ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador se registrará en una cuenta individual en este fondo y reflejará desde la fecha inicial de su Incorporación:

1. El aporte mensual en la cuenta de cada trabajadora o trabajador equivalente al tres por ciento (3%) de su **salario integral**, indicando por separado; los ahorros obligatorios del trabajador equivalentes a un tercio (1/3) del aporte mensual y los aportes obligatorios de los patronos a la cuenta de cada trabajador, equivalente a dos tercios (2/3) del aporte mensual”. (Énfasis añadido), (Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008).

La Ley BANAVIH derogada exigía que el aporte se calculara con base al ingreso total del trabajador, lo cual es una definición que no contaba con asidero legal o jurisprudencial que definiera lo que debía entenderse por ese ingreso. En efecto, el artículo 172.1, de la derogada Ley establecía lo

Téngase en cuenta que el salario⁹, puede ser entendido en dos acepciones completamente distintas, el normal y el integral. El *salario normal* es la remuneración devengada por el trabajador en forma *regular y permanente* por la prestación de su servicio (*vid.* sentencia de la Sala de Casación Social N° 489 del 30 de julio de 2003). La definición de salario normal se encuentra prevista en el párrafo segundo del artículo 133 de la LOT¹⁰.

Por su parte, el *salario integral* se corresponde con la definición de salario, que en términos generales, se encuentra prevista en el encabezado del artículo 133 de la LOT¹¹. Obsérvese entonces que la definición de salario integral comprende, entre otros conceptos, el pago de las utilidades, tal como lo ha reconocido la Sala de Casación Social, mediante decisión del 2 de noviembre del 2000 (caso: *PEQUIVEN*).

b. Como consecuencia de lo anterior y de lo establecido en la decisión N° 1771 de la Sala Constitucional del 28 de noviembre de 2011, el BANAVIH podrá ejercer el *ius puniendi* de forma ilimitada en períodos previos a la fecha en que se dictó la sentencia N° 120, para verificar el cumplimiento del pago de esa obligación (ahora imprescriptible) con base al salario integral del trabajador.

Esa posibilidad para nosotros es inconstitucional, en virtud de que la potestad sancionadora de la Administración, necesariamente debe tener límites; entre ellos el tiempo para poder ejercerla¹², esto es, el principio de prescripción que informa al derecho sancionador. Con-

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

1. El aporte mensual en la cuenta de cada trabajador equivalente al tres por ciento (3%) del ingreso total mensual, desglosado por cada uno de los aportes de ahorro obligatorio realizado por el trabajador y por cada una de las contribuciones obligatorias del patrono al ahorro del trabajador”. (Énfasis añadido), (Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (derogada) publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.867 extraordinaria del 28 de diciembre de 2007). Téngase en cuenta que originalmente el recurso de colisión de leyes se interpuso contra esa disposición y la Sala modificó la pretensión de los accionantes adaptando la solicitud a la ley vigente.

Al igual que en la Ley BANAVIH derogada, el artículo 172.1 de la derogada Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional publicada en la *Gaceta Oficial* N°37.066 del 30 de octubre de 2000, se hace referencia al ingreso total mensual del trabajador.

⁹ En términos generales, el salario ha sido definido por la Sala de Casación Social mediante decisión N° 106 del 10 de mayo de 2005 como: “...*la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar*”.

¹⁰ **Parágrafo segundo del artículo 133 de la LOT:** “*A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial*”.

¹¹ **Artículo 133 de la LOT:** “*Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda*”.

¹² Sobre este aspecto, recomendamos la lectura de Parejo Alfonso, Luciano, “La actividad administrativa represiva y el régimen de las sanciones administrativas en el derecho penal” en *II Jornadas*

forme a este principio, la Administración no podrá ejercer sus potestades punitivas de forma indefinida en el tiempo, sino que ello sólo podrá realizarlo en un tiempo concreto y específico¹³.

c. Como consecuencia del precedente fijado en la sentencia N° 120, eventualmente, el Tribunal Supremo de Justicia, podrá señalar que otra obligación de naturaleza tributaria derivada de la relación de trabajo (como era anteriormente entendido el *ahorro obligatorio* del FAOV); como por ejemplo, las relacionadas con el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, no tengan tal carácter y por tanto, también sean imprescriptibles. En ese supuesto, la Sala deberá fijar con base a qué salario se debería calcular esa obligación de ser el caso.

IV. CONCLUSIONES

- El antecedente inmediato de la sentencia N° 120 lo encontramos en la decisión N° 1771 de la Sala Constitucional del 28 de noviembre de 2011, por medio de la cual se estableció que el aporte que conforma el FAOV constituye un ahorro con el fin de garantizar el acceso a la vivienda, por lo tanto *no se rige bajo el sistema tributario*. Así, la Sala creó una obligación imprescriptible, a la cual no le será aplicable el parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT.
- Anteriormente, el Tribunal Supremo de Justicia, se había pronunciado en relación con el pago del aporte del *ahorro obligatorio*, a través de la Sala Político Administrativa al precisarse que conforme al parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, ese aporte se calcularía utilizando el salario normal del trabajador, ya que según esa norma los tributos que deban pagar el patrono o el trabajador se realizarán con base al salario normal.
- De la sentencia N° 120 se desprende que al no existir colisión entre la LOT y la Ley BANAVIH, ese aporte, deberá ser calculado con base al salario integral del trabajador. Ello por cuanto, al no tener naturaleza tributaria esa contribución, no le es aplicable lo establecido en el parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, sino el artículo 30.1 de la Ley BANAVIH, que dispone que el salario integral será la base de cálculo de esa obligación.
- Otro efecto de la sentencia analizada y de lo establecido en la decisión N° 1771 de la Sala Constitucional del 28 de noviembre de 2011, es que el BANAVIH podrá ejercer el *ius puniendi* de forma ilimitada en períodos previos a la fecha en que se dictó la sentencia N° 120, lo cual para nosotros es inconstitucional ya que esa potestad debería también estar limitada en razón del tiempo.
- Finalmente, el Tribunal Supremo de Justicia, podrá señalar que cualquier otra obligación de naturaleza tributaria, derivada de la relación de trabajo, no tenga tal carácter, y por tanto, también sea imprescriptible.

Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", FUNEDA, Caracas, p. 147 y ss.

¹³ Para mejor entendimiento consultar: Balasso Tejera, Caterina. *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 628 y siguientes.