



Al Contestar Cite Este Nr.:2013IE14759 O1Fol:3 Anex:0

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. SECRETARÍA DE HACIENDA

ORIGEN: Origen: Sd:385 - DIRECCION JURIDICA/VARGAS BERNAL ELDA
DESTINO: Destino: OFICINA DE EJECUCIONES FISCALES/FORERO MOR
ASUNTO: Asunto: CONCEPTO JURIDICO RETIRO PARCIALES DE CESAI
OBS: Obs.:

Bogotá, D. C.

Doctor
OMAR ENRIQUE FORERO MORENO
 Oficina de Ejecuciones Fiscales
 Dirección Distrital de Tesorería
 Calle 54ª No. 14-65
 Ciudad

ASUNTO: Concepto jurídico - Retiros parciales de cesantías para pago del Impuesto Predial Unificado y la Contribución de Valorización.

En atención a su petición enviada por correo electrónico al Secretario Distrital de Hacienda, radicada en esta Dirección con el número 2013ER32775, por el cual solicita se emita concepto jurídico respecto de la posibilidad de retirar parcialmente las cesantías de los servidores públicos afiliados al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), para liberar la vivienda de gravámenes como son el Impuesto Predial Unificado y la Contribución de Valorización, esta Dirección realiza las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES

El funcionario de la Oficina de Ejecuciones Fiscales de la Dirección Distrital de Tesorería, Omar Enrique Forero Moreno, a través de correo electrónico envió al Secretario Distrital de Hacienda una propuesta basada en el retiro parcial del auxilio de cesantías, de los funcionarios quienes las tienen depositadas en el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), con el fin que puedan pagar los tributos que afecten directamente el bien.

Con el objeto de sustentar la consulta, presentó los casos de otros Fondos de Cesantías como PROTECCIÓN, además de hacer un recuento normativo que recoge los artículos 254 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 102 de la Ley 50 de 1990 y el Concepto 340977 del 19 de noviembre de 2008, emitido por el otrora Ministerio de Protección Social.

Aduce en sus argumentos, que de adoptar la propuesta por él realizada, se garantizaría un recaudo efectivo y un alivio para todos aquellos servidores públicos que se encuentran afiliados al FONCEP.

SUSTENTO LEGAL Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

Sede Administrativa CAD
 Calle 33 No. 25 - 93
 Sede Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá - DIE
 Calle 117 No. 55 - 35
 PEX: 571 553 2100 - 333 5000
 Información: línea 100



-5 JUN 2013
 5:08 pm.
 Alexandra Suarez

BOGOTÁ HUMANA



En primer lugar es necesario precisar que las normas indicadas por el peticionario regulan las relaciones de derecho individual de trabajo entre particulares, que no son aplicables a los servidores públicos, por expreso mandato legal señalado en el Código Sustantivo del trabajo así:

"Artículo 3o. RELACIONES QUE REGULA. El presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares."

"Artículo 4o. SERVIDORES PÚBLICOS. Las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten."

Al respecto, es necesario determinar el régimen que regula las relaciones de los empleados públicos con la Administración, la Corte Constitucional en Sentencia C-222 del 14 de abril de 1999. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, señaló el alcance de la expresión "servidores públicos", contenida en el artículo 123 de la Constitución Política, al indicar:

" (...) Respecto de los concejales municipales, la Constitución consagra en forma enfática (art. 312 C.P.) que "los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos". No obstante, en el artículo 123 Ibidem sí se establece con claridad que los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos. Y es que no es lo mismo pertenecer a este género (servidor público) -que abarca a todos los que mantienen un vínculo laboral con el Estado, bien desde el punto de vista legal y reglamentario o puramente contractual- que ser catalogado como empleado público, una especie de aquél, que se caracteriza por una relación legal y reglamentaria, de modo que el nexa con el Estado tiene lugar por nombramiento y posesión y no por contrato. Los empleados públicos son servidores públicos. Los concejales también, pero sin tener el carácter específico de empleados públicos, dado el origen de su vinculación, por elección popular, que difiere del de aquéllos (...)." (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, según lo reseñado anteriormente, los empleados públicos son una especie de la denominación genérica de "servidor público", cuya vinculación con el Estado se caracteriza por ser **legal y reglamentaria** y se realiza mediante un acto administrativo de nombramiento, consolidándose cuando se surte legalmente la posesión.

Dentro de este contexto normativo fuerza concluir que la vinculación de los empleados públicos con la Administración es legal y reglamentaria (pues no se efectúa mediante un contrato de trabajo), lo cual implica que los términos y requisitos tanto de su salario como el de las prestaciones sociales están determinadas previamente por el legislador y no le es dable fijar alcances laborales distintos a los establecidos en las mismas.





Igualmente, el numeral 3 del artículo 1º del Decreto N° 1848 de 1969, "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968¹", determina que si la vinculación con el Estado es legal y reglamentaria es un empleado público, al señalar:

"3. En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral." (Subrayas fuera de texto).

Lo anterior en concordancia con lo normado en el artículo 5º del Decreto N° 3135 de 1968, y el artículo 3º del Decreto N° 1950 de 1973², y a nivel distrital en el artículo 125 del Decreto N° 1421 de 1993, del siguiente tenor:

"Artículo 125. Empleados y trabajadores. Los servidores públicos vinculados a la administración tienen el carácter de empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y el sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (...)" (Subrayado fuera de texto).

Por tanto, es imperativo señalar que la clasificación de los empleos de la Administración Pública está deferida al legislador y a él le compete establecer el régimen salarial y prestacional a ellos aplicables.

Frente al tema, es pertinente traer a colación lo expuesto por el tratadista Diego Younes Moreno en su libro de Derecho Administrativo Laboral quien en lo que tiene que ver con la modalidad estatutaria de la reglamentación aplicable a los empleados públicos explica³:

"Denominada también Legal y reglamentaria, confiere a quien por ella tiene acceso a la Administración la calidad de empleado público o funcionario público, y el acto que la traduce es el nombramiento y la posesión."

La nota principal de tal situación es la de que el régimen del servicio o de la relación de trabajo, si se prefiere el término, está previamente determinado en la Ley y, por lo tanto, no hay posibilidad legal de que el funcionario entre a discutir las condiciones de empleo, ni fijar alcances laborales distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que la regulan."

Teniendo en cuenta, lo hasta aquí expuesto, es pertinente señalar que el empleado público tiene una relación legal y reglamentaria con la Administración, razón por la cual no es viable jurídicamente aplicar normas que regulan el retiro parcial de cesantías de los trabajadores particular a empleados públicos como lo es el Decreto 2076 de 1967, "Por el cual se reglamenta el artículo 18 del Decreto Extraordinario 2351 de 1965 y el artículo 304 del Código Sustantivo del Trabajo.", en el que si se señala expresamente,

¹ "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

² "Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil"

³ Derecho Administrativo Laboral- Diego Younes Moreno Pagina 9- Séptima edición.



en el literal e) la posibilidad de retirar parcialmente las cesantías tanto para liberar gravámenes hipotecarios como para el pago de impuestos.

Así los hechos, el contenido del Concepto 3440977 del 19 de noviembre de 2008 expedido por el otrora Ministerio de la Protección Social, que aduce en su petición no es de aplicación para servidores públicos, ya que el mismo se desarrolla bajo los requisitos señalados en el Decreto 2016 de 1967 normativa aplicable para trabajadores particulares.

Dilucidado lo anterior, se precisa analizar el régimen de cesantías aplicable a los servidores públicos, contenido en la Ley 1071 de 2006, "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación", que determinó lo concerniente al retiro parcial del auxilio de cesantías en los siguientes términos:

"Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

- 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y **liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.***
- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos". (Resaltado fuera de texto)*

Una vez establecidos los parámetros legales que permiten a los empleados públicos realizar el retiro parcial de su auxilio de cesantías, es necesario analizar lo correspondiente a la liberación de gravámenes de vivienda, toda vez que de la interpretación de este asunto, se viabiliza la autorización legal para realizar el mencionado retiro.

Liberación de gravamen de inmuebles

El diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su vigésima segunda edición, publicada en la página electrónica de la Academia, define la palabra gravamen como:

*"1. m. **carga** (ll obligación).*

*2. m. **Carga impuesta sobre un inmueble o sobre un caudal"***

⁴ **Ámbito de aplicación.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.





Es en este último sentido que la emplea el Código Civil Colombiano, al referirse a las hipotecas, los usufructos o las servidumbres, haciéndola asimilable a la caución, que define en los siguientes términos:⁵

"Artículo 65. CAUCIONES. Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda."

Dentro de este contexto, es necesario establecer que si bien en materia tributaria distrital el Impuesto Predial Unificado como la Contribución de Valorización son tributos que van ligados a la propiedad o posesión de bienes inmuebles, no puede determinarse que por dicha razón son gravámenes reales como la prenda la hipoteca y fianza, ya que los mismos se refieren a la garantía que asegura el cumplimiento de la obligación principal del deudor de pagar una suma de dinero por el préstamo efectuado, la cual si se incumple da lugar a que el acreedor persiga el bien y se pague con el producto del remate de éste la obligación del deudor.

Y es en este contexto precisamente que se puede hablar de "constitución" y "liberación" de gravámenes, pues precisamente son cargas que afectan al inmueble, limitando o excluyendo su comerciabilidad; en tanto que las cargas tributarias por sí mismas no afectan el derecho de disposición sobre el inmueble ni lo afectan al pago del tributo.

En este sentido se ha pronunciado el Departamento Administrativo de la Función Pública, respecto al anticipo del auxilio de las cesantías para el pago de Impuesto Predial en los términos de la Ley 1071 de 2006, normatividad que regula el retiro parcial de cesantías de empleados públicos, expresando:

"(...) ¿Procede el anticipo sobre las cesantías para el pago del impuesto predial en virtud de la Ley 1071 de 2006?"

"En criterio de esta Dirección Jurídica, cuando el legislador establece el anticipo sobre las cesantías con destino a la liberación de gravámenes del inmueble contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero permanente, se refiere a gravámenes propios del derecho inmobiliario, como es el caso de la hipoteca y no de aquellos de origen tributario como el impuesto predial."⁶ (Resaltado fuera de texto)

Una vez realizado el análisis legal y doctrinal precedente esta Dirección concluye que, no es viable desde el punto de vista legal el retiro parcial del auxilio de cesantías, con destino al pago del Impuesto Predial Unificado ni el de la Contribución de Valorización, por cuanto no son gravámenes reales que garanticen el pago de una obligación principal para liberar el inmueble sobre el cual se prestó caución por parte del servidor público o su cónyuge o compañero(a) permanente, sino que por el contrario son tributos que si bien recaen sobre inmuebles, no tiene la connotación de ser gravámenes reales como son la hipoteca, la prenda o la anticresis.

⁵ Ley 57 de 1887- Código Civil.

⁶ Concepto EE1615 del 01- Departamento Administrativo de la Función Pública.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

Por tanto, como quiera que la Ley 1071 de 2006, no autorizó el retiro de cesantías parciales para el pago de impuestos a los servidores públicos, no se puede hacer extensiva la aplicación del Decreto 2016 de 1967 que regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular que si lo contempló, por cuanto los empleados públicos vinculados a la Administración tienen una relación legal y reglamentaria con el Estado y se rigen exclusivamente por disposiciones especiales que contienen requisitos y términos aplicados para el efecto.

Cordialmente,

ELDA FRANCY VARGAS BERNAL
Directora Jurídica

Alba Palm
16 JUN 2013

Copia: Secretario Distrital de Hacienda – Dr. Ricardo Bonilla González

Revisó: Clara Lucia Morales Posso / Gerardo Jaimes Silva
Proyectó: Álvaro Iván Revelo Méndez / Matilde Murcia Celis.
Radicación: 2013ER32775

... como el impuesto predial... (Resolución Juan de los Rios)

Sede Administrativa CAD
Carrera 30 No. 25 - 90
Sede Dirección Distrital de
Impuestos de Bogotá - DIB
Calle 17 No. 50B - 95
PBX (571) 389.2700 - 339.8000
www.ciudaddebogota.gov.co
Información Línea 155



BOGOTÁ
HUMANANA



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 22-05-2013 03:22:42

Contestar Cite Este Nr.:2013EE97310 O1 Fol:1 Anex:0

ORIGEN: Origen: Sd:491 - DESPACHO SECRETARIO DE HACIENDA/BON
DESTINO: Destino: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA DC/JOSE ORLANDO
ASUNTO: Asunto: PROYECTO DE DECRETO SOBRE RECEPCION Y REC
OBS: Obs.: APROBO ELDA FRANCY VARGAS

Bogotá D.C.,



ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA D.C.

Secretaría General

Por favor al contestar cite este Nº

Fecha: 24-05-2013 09:36 Rad: 1-2013-24279

AM

Folios: 1

Anexos: 8 FOLIOS 1 CD

Medio: VENTANILLA

Destino: DIRECCION JURIDICA DISTRITAL

Copias:


Doctor
JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO
Secretario General (e)
Alcaldía Mayor de Bogotá D. C.
Carrera 8 N° 10 - 65
Bogotá

Asunto: Proyecto de Decreto, "Por el cual se dictan disposiciones sobre la recepción y el recaudo de los tributos"

Respetado Doctor Rodríguez Guerrero:

Una vez estructurado en esta Secretaría el proyecto de Decreto, "Por el cual se dictan disposiciones sobre la recepción y el recaudo de los tributos", junto con la correspondiente exposición de motivos, remito los mencionados documentos debidamente suscritos, para la consideración y firma del señor Alcalde Mayor.

Cordial saludo,


RICARDO BONILLA GONZÁLEZ
Secretario Distrital de Hacienda

Anexo: 8 folios
1 CD

Aprobó: Elda Francly Vargas Bernal
Proyectó: Clara Lucía Morales Posso

Sede Administrativa CAD
Carrera 30 N° 25 - 90
Sede Dirección Distrital
de Impuestos de Bogotá - DIB:
Av. Calle 17 N° 65 B - 95
PBX 369 2700 - 338 5000
www.haciendabogota.gov.co
Información: Línea 195



BOGOTÁ
HUMANANA

