

Ibagué, 11 de Mayo de 2020.

Doctor
Fabio Quintana Cortes
Secretario General y de Gobierno
Alcaldía Municipal de Saldaña
Calle 16 No. 16 – 18
Saldaña - Tolima

Asunto: Concepto jurídico solicitado mediante oficio del 12 de marzo del 2020, radicado en la Entidad el día 16 de marzo de 2020.

Cordial saludo,

De manera muy respetuosa me dirijo ante Usted con el fin de dar contestación a su petición en los siguientes términos:

Concepto Jurídico	005
Tema:	Proceso de entrega del cargo
Problema Jurídico:	Se debe pagar honorarios a funcionario saliente que empleó varios días de su tiempo para realizar la entrega del cargo?.
Fuentes formales:	Ley 951 de 2005
Precedente	No se invoca

Sobre Este Concepto jurídico:

Conforme al artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, este concepto jurídico no es obligatorio ni vinculante, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, o como materia de consulta sobre los problemas jurídicos en él planteados.

De allí que la Entidad que lo ha solicitado no está sometida a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que se derive ningún tipo de responsabilidad sobre la entidad que lo emite.

Para emitir este concepto la Dirección Jurídica de la Contraloría Departamental del Tolima seguirá el siguiente procedimiento i) Normativa aplicable al caso ii) Consideraciones, iii) Estudio del caso en concreto y iv) Respuesta al problema jurídico planteado.

i) Normatividad aplicable al caso:

- Constitución Política**

Art. 122 "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.// Ningún

servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (...)

- **Ley 951 de 2005**

“Por la cual se crea el acta de informe de gestión”, cuyo objeto es “fijar las normas generales para la entrega y recepción de los asuntos y recursos públicos del Estado colombiano, establecer la obligación para que los servidores públicos en el orden nacional, departamental, distrital, municipal, metropolitano en calidad de titulares y representantes legales, así como los particulares que administren fondos o bienes del Estado presenten al separarse de sus cargos o al finalizar la administración, según el caso, un informe a quienes los sustituyan legalmente en sus funciones, de los asuntos de su competencia, así como de la gestión de los recursos financieros, humanos y administrativos que tuvieron asignados para el ejercicio de sus funciones”.

ii) Análisis:

Con ocasión de la Ley 951 de 2005 *“los servidores públicos del Estado y los particulares que cumplan funciones públicas y/o manejen recurso del Estado, están obligados a entregar al servidor público entrante un informe de gestión a través de un acta en la que se relacionen los asuntos y recursos a su cargo, debiendo remitirse para hacerlo al reglamento y/o manual de normatividad y procedimiento que rija para la entidad, dependencia o departamento de que se trate”.*

Como lo establece la misma ley 951 de 2005 en su artículo 9, la entrega y recepción de los recursos públicos es un proceso de interés público, de cumplimiento obligatorio y formal, que deberá efectuarse por escrito, mediante acta de informe de gestión, en la que se describa el estado de los recursos administrativos, financieros y humanos, según se trate, a cargo de la administración, dependencia o entidad.

En esta medida, la normatividad actual regula el proceso de entrega del cargo público estableciendo las siguientes etapas:

1.- PREPARACIÓN DE LA ENTREGA A CARGO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO SALIENTE.

1. Refiere la elaboración del informe de gestión del servidor público saliente, el cual deberá contener una descripción resumida de la situación del Despacho a la fecha de inicio de su gestión. También describirá las actividades emprendidas y resultados obtenidos durante la misma, señalando especialmente los asuntos que se encuentran en proceso, y por último la situación del Despacho en la fecha de retiro o término de su gestión
2. Detalle pormenorizado sobre la situación de los recursos materiales, financieros y humanos así como los bienes muebles e inmuebles a su cargo, debidamente actualizados a la fecha de la entrega.
3. Detalle de los presupuestos, programas, estudios y proyectos.
4. Obras públicas y proyectos en proceso.

5. Reglamentos, manuales de organización, de procedimientos, y
6. En general, los aspectos relacionados con la situación administrativa, desarrollo, cumplimiento o en su caso desviación de programas y demás información y documentación relativa que señale el reglamento y/o manual de normatividad correspondiente.
7. De conformidad con el artículo 4 de la pluricitada ley, el término para rendir el informe en mención deberá ser de quince (15) días hábiles luego de haber salido del cargo, cualquiera que hubiere sido la causa de ello.

2.- ENTREGA Y RECEPCIÓN A CARGO DEL FUNCIONARIO SALIENTE Y ENTRANTE.

Para llevar a cabo la entrega y recepción de los asuntos y recursos públicos estatales, los titulares salientes deberán llevar a cabo un acto formal, en el que se haga entrega del informe de la gestión realizada por los mismos y el acta administrativa, en la que en forma global conste el estado que guarda la administración, a los titulares entrantes.

3.- VERIFICACION DEL INFORME A CARGO DEL FUNCIONARIO ENTRANTE.

La verificación del contenido del acta correspondiente deberá realizarse por el servidor público entrante en un término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de entrega y recepción del Despacho. Durante dicho lapso el servidor público saliente podrá ser requerido para que haga las aclaraciones y proporcione la información adicional que le soliciten, salvo que medie caso fortuito o fuerza mayor.

En caso de que el servidor público entrante detecte irregularidades en los documentos y recursos recibidos dentro del término señalado en esta ley, deberá hacerlas del conocimiento del órgano de control a que corresponda la dependencia o entidad de que se trate, a fin de que el servidor público saliente pueda proceder a su aclaración dentro de los treinta (30) días calendario siguientes o en su caso, se proceda de conformidad con la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado.

Así las cosas, se tiene que actualmente el denominado proceso de empalme se encuentra claramente regulado por la ley 951 de 2005, al punto que la misma norma establece sanciones para aquellos funcionarios que no cumplan con las obligaciones que el proceso contempla¹, las cuales van más allá de la fecha de desvinculación del cargo.

Ahora, ha recalcado el Honorable Consejo de Estado² que nuestro régimen jurídico contempla tres clases de vinculación con el Estado a saber, i). La vinculación legal y reglamentaria- Empleados públicos, ii) La laboral contractual-Trabajadores oficiales y iii). La contractual estatal - Contratistas de prestación de servicios.

¹Artículo 15. "Cuando el servidor público saliente se abstenga de realizar la entrega del informe de los asuntos y recursos a su cargo, en los términos de esta ley, será requerido por el órgano de control interno correspondiente, para que en un lapso de quince (15) días, contados a partir de la fecha de su separación, cumpla con esta obligación. // Parágrafo. El servidor público saliente que dejare de cumplir con esta disposición será sancionado disciplinariamente en los términos de ley".

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 68001233100020000140001 (30912013), Mayo 26/16

Para el caso de la primera, en la medida que es una relación legal y reglamentaria, según el artículo 122 de la Constitución Política³ deben concurrir 3 elementos específicos como lo son la existencia de un empleo en la planta de personal de la entidad, tener asignadas las funciones propias del cargo y la provisión de los recursos en el presupuesto para pagar por la labor realizada.

En esa medida, para que una persona desempeñe un empleo público debe existir previamente un acto administrativo de nombramiento o elección y la posterior posesión, pues solo así se encuentra investida de la facultad para ejercer funciones públicas.

Frente a los trabajadores oficiales, estos parten de una relación contractual de naturaleza laboral, con legislación propia.

Finalmente, frente a los contratistas de prestación de servicios, estos se encuentran vinculados en virtud de la ley 80 de 1993 con ocasión de la necesidad que tiene la entidad de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, cuando no puedan ser realizadas por el personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

iii) Estudio del caso en concreto:

Manifiesta el Secretario General y de Gobierno del Municipio de Saldaña que la saliente Secretaria de Hacienda empleó varios días de su tiempo realizando la entrega del cargo a la secretaria entrante y que mediante petición ha solicitado el respectivo pago.

Frente al particular, una vez analizada la normatividad que regula el tema se tiene que el proceso de entrega y recibo del cargo se encuentra regulado normativamente en la ley 951 de 2005, en virtud de la cual se establecen obligaciones tanto para los funcionarios saliente como los funcionarios entrante, que de ser incumplidas pueden dar lugar a sanciones disciplinarias.

Así las cosas, de entrada se puede concluir que no resulta viable el pago de remuneración económica a la Secretaria de Hacienda saliente, en la medida que el tiempo que duró en el proceso de entrega se debe entender como el cumplimiento de una obligación al momento de retiro del cargo⁴.

Ahora, ratifica esta posición lo planteado sobre las formas de vinculación con el Estado tanto normativa como jurisprudencialmente, en la medida que para reconocer económicamente con recursos públicos los servicios prestados por parte de una persona natural debe mediar algún tipo de vinculación legal o contractual; situación que claramente no se da en el caso

⁴ Ley 951 de 2005, Art. 3°. "El proceso de entrega y recepción de los asuntos y recursos públicos deberá realizarse: 1. Al término e inicio del ejercicio de un cargo público para los servidores públicos descritos en los artículos 1° y 2° de la presente ley o de la finalización de la administración para los particulares que administren fondos o recursos del Estado. 2. Cuando por causas distintas al cambio de administración se separen de su cargo los servidores públicos a quienes obliga este ordenamiento. En este caso, la entrega y recepción se hará al tomar posesión del cargo por parte del servidor público entrante, previa aceptación que deberá rendir en los términos de la presente ley. Si no existe nombramiento o designación inmediata de quien deba sustituir al servidor público saliente, la entrega y recepción se hará al servidor público que designe para tal efecto el superior jerárquico del mismo".

concreto, pues la funcionaria saliente ya no ostentaba la calidad de empleada pública, ni había sido contratada como trabajadora oficial o contratista de prestación de servicios.

iv) Respuesta al problema jurídico planteado:

Conforme a lo anteriormente expuesto este Despacho concluye que no es jurídicamente procedente realizar algún tipo de reconocimiento económico a la Secretaria de Hacienda saliente de la administración municipal de Saldaña, en la medida que el proceso de entrega del cargo obedece al cumplimiento de una obligación legal y adicionalmente porque para ese momento la persona no tenía vinculo legal ni contractual con la entidad.

De esta manera damos respuesta a la solicitud planteada.

Atentamente,

Original Firmado

MIRYAM JOHANA MENDEZ HORTA

Directora Técnica Jurídica

Revisó	Miryam Johana Mendez Horta	Directora Técnica jurídica	
Proyectó	Flor Alba tipas Alpala	Profesional Universitario	