



Función Pública

Concepto 27691 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000027691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000027691

Fecha: 19/02/2015 10:31:36 a.m.

Bogotá D.C.

REF: VARIOS.- Elección del representantes de los usuarios ante la Junta Directiva de una ESE, delegación de funciones. RAD.- 20159000003402 del 09 de Enero de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Es deber de la administración municipal nombrar al representante de los usuarios ante la Junta Directiva de una ESE una vez termine el período de quien ejercía como tal?

¿Es viable que quien ha suscrito un contrato administrativo de prestación de servicios sea delegatario del alcalde ante la junta directiva de una ESE?

FUENTES FORMALES Y ANALISIS

Para abordar el planteamiento jurídico es pertinente realizar un análisis de la Ley [1438](#) de 2011, la Ley [489](#) de 1998, la Ley [80](#) de 1993, el Decreto [785](#) de 2005 y sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado pertinentes al caso.

1.- En atención a la primera parte de su consulta, referente a establecer si es deber de la administración municipal nombrar al representante de los usuarios ante la Junta Directiva de una ESE una vez termine el período de quien ejercía como tal, me permito manifestarle:

Respecto de la conformación de la junta directiva de una ESE, la Ley [1438](#) de 2011, señala:

“ARTÍCULO 70. DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

70.1 El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá.

70.2 El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

70.3 Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

PARÁGRAFO 1o. Los representantes de los usuarios y de los servidores públicos de la entidad tendrán un periodo de dos (2) años y no podrán ser reelegidos para periodos consecutivos, ni podrán ser parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en más de dos ocasiones. En los municipios de 6ª categoría, los representantes de los usuarios y los empleados públicos tendrán un periodo de 4 años.

PARÁGRAFO 2o. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel municipal que hagan parte de convenios o planes de desempeño suscritos o que se llegaren a suscribir entre el departamento y la Nación, tendrá además de los miembros ya definidos en el presente artículo, tendrán como miembro de la Junta Directiva al gobernador del departamento o su delegado.

PARÁGRAFO 3o. Cuando en una sesión de Junta Directiva exista empate para la toma de decisiones, el mismo se resolverá con el voto de quien preside la Junta Directiva.” (Subraya fuera de texto)

CONCLUSION PRIMERA PARTE

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que la Ley 1438 de 2011 indicó que la junta directiva de una ESE de primer nivel de complejidad deberá estar integrada entre otros por el representante de los usuarios, en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que una vez culminado el período para el cual fue elegido el representante de los usuarios ante la junta directiva de una ESE, la administración local deberá iniciar las gestiones pertinentes que deriven en la elección y nombramiento del citado representante.

Es preciso señalar que de acuerdo con la norma arriba transcrita, el representante de los usuarios ante la junta directiva de una ESE de primer nivel de complejidad del nivel municipal deberá ser designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección municipal de salud, en consecuencia en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que para la elección del citado representante no se requiere convocar a la comunidad en general.

2.- En atención a la segunda parte de su consulta, respecto de si es viable que quien ha suscrito un contrato administrativo de prestación de servicios sea delegatario del alcalde ante la junta directiva de una ESE, me permito indicarle lo siguiente:

La Ley 489 de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”, respecto de la delegación señala:

"ARTÍCULO 9.- Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley.

PARÁGRAFO.- Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente Ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

ARTÍCULO 10º.- Requisitos de la delegación. En el acto de la delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

ARTÍCULO 11º.- Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de los que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

- 1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.*
- 2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.*
- 3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación."*

Por su parte, el Consejo de Estado¹ respecto de la delegación de funciones, consideró:

"La delegación - junto con la descentralización y la desconcentración - es uno de los medios establecidos en el Estado de Derecho para el adecuado ejercicio de la función administrativa, toda vez que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en principios rectores, tales como los de eficacia, economía y celeridad, que complementan los de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

Así la concibe la Constitución Política, la cual se refiere a las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la ley determine. Precisa que la ley señalará las funciones susceptibles de delegación por parte del Presidente de la República y que ella, igualmente, "fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades" y "establecerá los recursos que se puedan interponer contra los actos de los delegatarios" (Arts. 209 y 211).

La Constitución complementa sus criterios básicos acerca de la delegación, cuando expresa que ésta "exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, resumiendo la responsabilidad consiguiente".

Mediante la delegación, la autoridad administrativa transfiere el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, siempre por acto de delegación (decreto o resolución) y con sujeción a la Constitución o la ley.

Para que la autoridad pueda delegar algunas o alguna función de las que le han sido asignadas por la Carta Política o por la ley - por estimarlo conveniente o necesario para el servicio público o el interés general -, es indispensable la previa autorización legal en donde se determine la materia delegable o las condiciones de la delegación. Sobre este fundamento insoslayable, el delegante puede transferir la función y la consiguiente responsabilidad al delegado - también llamado delegatario en el lenguaje jurídico colombiano -, sin que éste a su vez pueda subdelegar, salvo expresa autorización de la ley. Por su naturaleza, la delegación es transitoria, pues el delegante siempre puede reasumir la función, la que al ejercerla en forma directa, lo convierte de nuevo en el titular de la responsabilidad. (Negrita y subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, la delegación de funciones es aquella que realiza la autoridad administrativa, previa autorización legal, a través de un acto de delegación, a otra autoridad o empleado; es decir, sólo delegan aquellos servidores considerados como autoridades administrativas, como por ejemplo el Presidente de la República, los Ministros de Despacho, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes, alcaldes, entre otros, siendo preciso recalcar que solo es viable delegar el ejercicio de funciones en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente.

Ahora bien, respecto del contrato de prestación de servicios, es oportuno resaltar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993², dispone:

“ARTICULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)

3o. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”
(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con anterior norma, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar previstas en la planta de personal; no obstante, lo anterior, es necesario indicar que los contratistas no adquieren por ese hecho la connotación de servidores públicos.

Así lo ha señalado la ley y la Corte Constitucional que en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, respecto de los contratos de prestación de servicios, manifestó:

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales

en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.” (Subraya fuera de texto)

Así las cosas, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se precisa que la suscripción de órdenes de prestación de servicios en las entidades públicas que requieran desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las mismas, procede siempre que se cumplan las condiciones que se han plasmado en el presente concepto a saber, cuando es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; se celebrarán por el término estrictamente indispensable y que la persona a contratar demuestre idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área o tema de que se trate.

Ahora bien, frente a las funciones generales de los empleados públicos de las entidades del nivel territorial, el Decreto 785 de 2005, establece:

“ARTÍCULO 4°.- Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

4.1. Nivel Directivo.- Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos...”

De acuerdo con lo anterior, es viable manifestar que el direccionamiento así como la representación de la entidad hace parte del giro ordinario de las funciones de los empleos del nivel directivo.

CONCLUSION SEGUNDA PARTE

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que la delegación de funciones es aquella transferencia del ejercicio de funciones que realiza la autoridad administrativa, previa autorización legal, a través de un acto de delegación, a otra autoridad o en un empleado del nivel directivo o asesor vinculado al organismo correspondiente.

Por otra parte es oportuno concluir que el contratista no es considerado como un servidor público sino como un particular que en virtud de situaciones excepcionales, eventualmente puede ejercer función pública.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que la representación de la alcaldía municipal ante la junta directiva de una ESE es una de las funciones pertenecientes “al giro ordinario” del nivel directivo de la alcaldía, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no es viable que dicha actividad sea delegada en personas vinculadas mediante la suscripción de contratos administrativos de prestación de servicios, sino que como ya se advirtió dicha delegación podrá ser realizada en empleados del nivel directivo o asesor vinculados a la alcaldía.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de marzo de 1998, Radicación: 1.089.

2 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

Harold Herreño/ JFCA/GCJ-601

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:51:51