



Función Pública

Concepto 235091 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000235091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000235091

Fecha: 13/06/2023 04:19:07 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Vinculación de extranjero. Funciones. Radicado: 20232060284652 del 15 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

1.- *¿Un extranjero residente en Colombia puede acceder al ejercicio de un empleo del nivel directivo, en un área técnica de una entidad cabeza de sector administrativo, que hace parte de la Rama Ejecutiva del orden nacional?*

2.- *¿Un extranjero residente en Colombia puede acceder al ejercicio de un empleo del nivel asesor, en una entidad cabeza de sector administrativo, de la Rama Ejecutiva del orden nacional?*

3.- *Con base en las funciones detalladas arriba, en especial las relacionadas con aprobar los Planes Especiales de Manejo y Protección y autorizar las intervenciones sobre los bienes de interés cultural que así lo requieran, de conformidad con la Ley 1185 de 2008, así como participar en el procedimiento de control sobre el cumplimiento de los planes y programas de competencia de su área, ¿se entiende que estas funciones asignadas y delegadas al director de Patrimonio y Memoria conllevan el ejercicio de autoridad o jurisdicción?*

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Constitución Política de Colombia respecto de la posibilidad para que un extranjero sea vinculado en un cargo público, consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

(...).

ARTÍCULO 99. La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.

ARTÍCULO 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con la Constitución Política, todo ciudadano Colombiano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad, para estos casos, la ley reglamenta las excepciones y determina los casos en los cuales ha de aplicarse. De igual forma, el artículo 99 de la Carta Política prevé que, la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para, entre otras, desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción. Por su parte, el artículo 100 Superior destaca que los extranjeros disfrutaban en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos, sin perjuicio que el Legislador condicione o niegue el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Con relación al tema, debe hacerse mención de la Ley 43 de 1993¹, que establece:

ARTÍCULO 28. Restricciones para ocupar ciertos cargos. Los colombianos por adopción no podrán acceder al desempeño de los siguientes cargos públicos:

Presidente o Vicepresidente de la República (artículos 192 y 204 C.N.)

Senadores de la República (artículo 172 C.N.)

Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de Judicatura (artículos 232 y 255 C.N.)

Fiscal General de la Nación (artículo 267 C.N.)

Miembros del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil (artículos 264 y 266 C.N.)

Contralor General de la República. (artículo 26 C.N.)

Procurador General de la Nación (artículo 280 C.N.)

Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro de Defensa Nacional.

Miembro de las Fuerzas Armadas en calidad de oficiales y suboficiales.

Directores de los organismos de inteligencia y de seguridad.

Los que determine la ley.

ARTÍCULO 29. Limitaciones a los nacionales colombianos por adopción que tengan doble nacionalidad. Los nacionales colombianos por adopción que tengan doble nacionalidad, no podrán acceder al desempeño de las siguientes funciones o cargos públicos:

Los referentes en el artículo anterior.

Los Congresistas (artículo 179, numeral 7o. C.N.)

Los Ministros y directores de Departamentos Administrativos.

En relación con una consulta formulada por el director del Departamento Nacional de Planeación relacionada con la aplicación del artículo 99 de la Constitución Política, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Jaime Paredes Tamayo, en sentencia con Radicación número: 439, del 9 de junio de 1992, considera:

Entre el artículo 11 de la Constitución derogada y el 100 de la vigente se mantuvo la identidad de textos sobre concesión a los extranjeros de los mismos derechos civiles y garantías concedidas a los nacionales, salvo limitaciones que establezcan la Constitución y la ley. Los derechos políticos se reservan a los nacionales y la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable, para elegir y ser elegido y para llevar cargos públicos que llevan anexa autoridad o jurisdicción, (artículo 99), pero, en términos de la Constitución nueva. "...la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en la elecciones y consultas populares de carácter municipal o Distrital".

Esta concesión, original del Constituyente del 91, viene a constituir excepción al derecho a elegir de todo ciudadano o de "tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democráticas", que, como derechos políticos de aplicación inmediata, consagra el artículo 4.

La otra excepción recae sobre el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, pero no para concedérselo a los extranjeros, sino a los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. "La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse".

En todo caso el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos lo reserva el artículo 100 de la Constitución Política a los nacionales y el 99 a los ciudadanos cuando los cargos lleven autoridad o jurisdicción anexa.

La exclusión de los extranjeros del derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos que conlleven autoridad o jurisdicción deriva del artículo 100, que reserva los derechos políticos a los nacionales. La exclusión de estos para ejercer cargos con autoridad, deriva del artículo 99 que el efecto requiere la calidad de ciudadano en ejercicio. Dos estatutos autónomos por esencia, excluyentes entre sí, cuya mención simultánea vino al caso sólo por obra de la consulta que involucro su planteamiento, pero que, desde luego, permiten descartar la posibilidad de que un extranjero desempeñe el cargo de secretario general de un establecimiento público, ante todo porque dicha posibilidad está reservada a los nacionales.

De otra parte, cuando en la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, sugirió el Delegatario Horacio Serpa Uribe incluir entre los derechos políticos del artículo 40 el de acceder a las funciones o cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, la sugerencia fue recogida en el texto que presentó el Delegatario Jaime Arias pero sin incluir la especificación sugerida y así fue aprobado, por doce votos, con una abstención. (Acta N27 abril 14 / 91. Gaceta Constitucional N. 130, octubre 18 / 81).

Con dicha especificación incluida fue aprobado, en cambio, como artículo 103, el texto que hoy corresponde a 99, según acta de sesión plenaria del 19 de junio de 1991. (Gaceta Constitucional N 142, diciembre 21 / 91, pág. 19 y 20).

En momento alguno la comisión a la plenaria de la Asamblea discutió o especificó el acceso al desempeño de cargos públicos, para extranjeros, por razón de la naturaleza del cargo o la autoridad implícita en el mismo; sólo cuando lo reservó a los ciudadanos, dispuso que esta condición o calidad se requiere para el ejercicio de cargos con autoridad o jurisdicción anexa.

Cuando el requisito de la ciudadanía lo mantiene la Carta para el desempeño de empleo público que lleve anexa autoridad (artículo 99) y cuando quienes hayan desempeñado en los términos de los artículos 179 - 2, y 18 transitorio, no pueden ser elegidos congresistas o gobernadores, resulta determinante esclarecer el concepto de autoridad, en cuanto causal exceptiva del ejercicio de derechos políticos provenientes de la propia Constitución.

Pero para el caso consultado basta considerar que, según el artículo 24 del Decreto 3130 de 1968, en la estructura interna de un establecimiento público la secretaría es unidad de nivel directivo y en ella puede delegar el representante legal del establecimiento las funciones que señalen los estatutos, por lo cual no puede ser ajeno, en dicho nivel, sino inherente al mismo y al ejercicio de las funciones del secretario y de las delegadas, el atributo de autoridad que señala al cargo el artículo 99 de la Constitución.

Con base en lo expuesto puede la Sala responder así, el cuestionamiento del señor Director de Planeación.

a) Para los efectos del artículo 99 de la Constitución Política, se entiende por cargo público con autoridad o jurisdicción anexa, el conjunto de funciones que, por su naturaleza, deben ser atendidas por una persona natural, investido de calidades exigidas para su desempeño.

b) Los extranjeros pueden ser designados para el desempeño de cargos públicos, siempre que no lleven anexa autoridad o jurisdicción, o cuyo desempeño expresamente no los reserve la Constitución a los nacionales.

c) El extranjero no puede acceder al cargo de Secretario General de un establecimiento público del orden nacional, porque este cargo tiene anexa autoridad civil dentro de su jurisdicción territorial.

Por su parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-151 de 1997, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, 19 de marzo de 1997, frente al particular considera lo siguiente:

A pesar de que en principio se consagra el mismo derecho para todos los nacionales -acceder al desempeño de funciones y cargos públicos-, en lo que se refiere a las calidades para ocupar ciertos cargos, la propia Constitución Política reserva su ejercicio a la condición de ser nacional colombiano "por nacimiento", descartando de plano que los colombianos por adopción puedan tener acceso a los mismos. Resulta claro que el propio ordenamiento Constitucional consagró diferencias de trato entre nacionales por nacimiento y nacionales por adopción. Razones que se relacionan directamente con la defensa de los intereses nacionales, la seguridad nacional y la manera como deben regirse los destinos políticos, sociales y económicos de País, fueron factores esenciales para que el constituyente del 91 reservara a los colombianos por nacimiento el desempeño de determinadas funciones públicas. Se trata del reconocimiento de una diferencia material, propia de quienes han sido llamados a representar al Estado en el desempeño de ciertas funciones públicas.

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Inhabilidad por doble nacionalidad

En relación con la inhabilidad para acceder al desempeño de cargos públicos por colombianos que tengan doble nacionalidad, debe la Corte precisar que por mandato de la propia norma constitucional le corresponde a la ley reglamentar dicha inhabilidad y determinar los casos a los cuales ha de aplicarse, con lo cual debe entenderse que el legislador puede válidamente atribuir efectos disímiles a las dos clases de nacionales. Y cuando es la propia Constitución la que de manera expresa señala las condiciones para acceder a ciertos cargos públicos, no puede la ley adicionarle requisito o condición alguna.

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Límites por doble nacionalidad de colombiano por adopción

En el caso de los colombianos por adopción, la propia Constitución les niega el acceso a determinados cargos públicos y, además, faculta a la ley para limitar su ingreso a otros, cuando aquellos tienen doble nacionalidad.

2.1 El ejercicio de cargos públicos por parte de los nacionales colombianos.

En general las constituciones modernas y contemporáneas reconocen dos clases de nacionales de un Estado: nacionales por nacimiento o por naturaleza y nacionales por adopción o naturalización. Para determinar la primera clase se apela a los principios del *jus sanguinis*, del *jus soli*, y del *jus domicilii*, usualmente combinados entre sí.

Para determinar la segunda, la legislación interna prevé requisitos y condiciones para su adquisición. En lo que respecta a los derechos y deberes de unos y otros, las constituciones, y en particular la nuestra, admiten que, en principio, son los mismos, con algunas excepciones que ellas mismas se encargan de señalar.

A pesar de que en principio la norma consagra el mismo derecho para todos los nacionales -acceder al desempeño de funciones y cargos públicos-, en lo que se refiere a las calidades para ocupar ciertos cargos, la propia Constitución Política reserva su ejercicio a la condición de ser nacional colombiano "por nacimiento", descartando de plano que los colombianos por adopción puedan tener acceso a los mismos. Así entonces, dicha condición es requisito *sine qua-non* para ser presidente o vicepresidente de la República (arts. 191 y 204), senador de la República (art. 172), magistrado de las altas Corporaciones de justicia (arts. 232 y 255), fiscal general de la Nación (art. 249), magistrado del Consejo Superior de la Judicatura (art. 255), miembro del Consejo Nacional Electoral (art. 264), registrador Nacional del Estado Civil (art. 266), contralor general de la República (art. 267), contralor departamental, distrital y municipal (art. 272) y procurador general de la Nación (art. 280).

Resulta claro que el propio ordenamiento Constitucional consagró diferencias de trato entre nacionales por nacimiento y nacionales por adopción. Razones que se relacionan directamente con la defensa de los intereses nacionales, la seguridad nacional y la manera como deben regirse los destinos políticos, sociales y económicos de País, fueron factores esenciales para que el constituyente del 91 reservara a los colombianos por nacimiento el desempeño de determinadas funciones públicas. La exigencia de dichas calidades -colombiano por nacimiento- no supone un desconocimiento del principio de igualdad; por el contrario, se trata del reconocimiento de una diferencia material, propia de quienes han sido llamados a representar al Estado en el desempeño de ciertas funciones públicas. Por ello, la afirmación del demandante según la cual a los nacionales se les debe reglamentar en forma idéntica todos sus derechos y deberes, sin importar la manera como se acceda a ellos, no se ajusta a lo dispuesto por la Constitución, pues si en principio se predica la igualdad de nacionales, es el propio Estatuto Superior el que reservó para los colombianos por nacimiento el acceso a ciertos cargos públicos y, en general, estableció diferencias entre las dos categorías de nacionales, con consecuencias jurídicas distintas, sin que sea posible alegar violación del principio de igualdad política.

Ahora bien, en relación con la inhabilidad para acceder al desempeño de cargos públicos por colombianos que tengan doble nacionalidad, consagrada en el artículo 40-7 de la Carta, debe la Corte hacer las siguientes precisiones: la primera, que por mandato de la propia norma constitucional le corresponde a la ley reglamentar dicha inhabilidad y determinar los casos a los cuales ha de aplicarse, con lo cual debe entenderse que el legislador puede válidamente atribuir efectos disímiles a las dos clases de nacionales. Así, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de los nacionales por adopción que tengan otra nacionalidad, podrán ser limitados por el legislador en los términos previstos en la Constitución, sin que, como se ha dicho, exista discriminación alguna. Lo anterior, sin perjuicio del impedimento constitucional que en forma directa recae sobre los nacionales por adopción para ocupar ciertos cargos públicos, reservados de manera exclusiva a los colombianos por naturaleza.

La segunda, que cuando es la propia Constitución la que de manera expresa señala las condiciones para acceder a ciertos cargos públicos, no puede la ley adicionarle requisito o condición alguna. Así entonces, si para ser presidente o vicepresidente de la República, senador de la República, magistrado de las altas corporaciones de justicia, fiscal general, magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, miembro del Consejo Nacional electoral, registrador Nacional del Estado Civil, contralor general de la República, contralor distrital y municipal y procurador general de la Nación, la Carta Política sólo exige la condición de ser colombiano por nacimiento, no le es dable a la ley inhabilitar al natural colombiano por el hecho de que éste tenga otra nacionalidad. Si de conformidad con la Constitución (art. 96), la calidad de nacional colombiano no se pierde por adquirir otra nacionalidad, es lógico suponer que tampoco se pierde el ejercicio de los derechos civiles y políticos que le reconocen la Constitución y las leyes a esta clase de nacionales, entre ellos, el relacionado con el desempeño de funciones y cargos públicos. En esas condiciones, los colombianos por nacimiento que tengan doble nacionalidad pueden ocupar cargos públicos.

En el caso de los colombianos por adopción, como ya se ha dicho, la propia Constitución les niega el acceso a determinados cargos públicos y, además, faculta a la ley para limitar su ingreso a otros, cuando aquellos tienen doble nacionalidad.

De acuerdo con lo anterior, en principio todos los nacionales tienen el derecho para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, no obstante, en lo que se refiere a las calidades para ocupar ciertos cargos, la propia Constitución Política reserva su ejercicio a la condición de ser nacional colombiano *por nacimiento*, descartando de plano que los colombianos por adopción puedan tener acceso a los mismos; así las cosas, resulta claro que el propio ordenamiento Constitucional consagró diferencias de trato entre nacionales por nacimiento y nacionales por adopción.

Para el caso de los nacionales por adopción², se tiene que podrán acceder a empleos públicos, incluidos los del nivel directivo, salvo los que la Constitución o la ley limite, entre ellos, los relacionados en el artículo 28 de la Ley 43 de 1993, como son:

El de Presidente o Vicepresidente de la República, Senadores de la República, Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de Judicatura, Fiscal General de la Nación, Miembros del Consejo Nacional Electoral, Registrador Nacional del Estado Civil, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Ministro de Relaciones Exteriores, Ministro de Defensa Nacional, Miembro de las Fuerzas Armadas en calidad de oficiales y suboficiales, Directores de los organismos de inteligencia y de seguridad, para quienes la Carta Política exige la condición de ser colombiano por nacimiento. La misma Ley 43 de 1993 establece que los nacionales colombianos por adopción que tengan doble nacionalidad, no pueden acceder al desempeño de los empleos relacionados en el inciso anterior y adicionalmente los cargos de Congresistas, Ministros y Directores de Departamentos Administrativos.

Respecto de los demás empleos; es decir, aquellos que no conlleven anexa autoridad o jurisdicción o los establecidos en la Ley 43 de 1993, en criterio de esta Dirección Jurídica no habría impedimento alguno para nombrar una persona de nacionalidad extranjera siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para desempeñar el empleo. Lo anterior teniendo en cuenta que, según nuestro ordenamiento Constitucional, los extranjeros tienen los mismos derechos civiles y garantías concedidas a los nacionales, salvo limitaciones que establezcan la Constitución y la ley.

De acuerdo con lo expuesto y atendiendo puntualmente su interrogante, le indico que siempre que se cumplan con las condiciones Constitucionales y legales, señaladas en el presente escrito, y en caso que no ejerza actividades que denoten autoridad civil o administrativa, no se evidencia impedimento alguno para que un extranjero se vincule en un empleo público.

No obstante, para efectos de vincularse laboralmente deberá acreditar documento oficial que le permita trabajar en el país (visa de trabajo), contar con cédula de extranjería cuando su permanencia sea igual o superior a tres (3) meses), además, para ejercer la profesión o actividad regulada establecida en la visa, deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos para los nacionales colombianos consagrados en las normas vigentes y acreditar los documentos respectivos tales como la homologación o convalidación de títulos, el permiso o licencia provisional, matrícula, tarjeta profesional o constancia de experiencia expedido por los Consejos Profesionales o autoridad competente según corresponda.

Es importante tener en cuenta que el ingreso al país como turista no le permite ejercer una actividad laboral, ni obtener la visa temporal trabajador en Colombia.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto con Radicado número 1.739 del 4 de mayo de 2006, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, respecto a la vinculación de extranjeros a cargos públicos, preceptúa:

"1. Condiciones de ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio Colombiano. Para el estudio de este primer aspecto, la Sala retoma lo expresado en la Consulta con radicación 1653, cuya publicación fue autorizada (si 12 de agosto de 2005, con apoyo en la sentencia C- 1259 del 2001 de la Corte Constitucional, en un asunto también relacionado con los extranjeros. Dijo la Sala:

"1.2. Las normas sobre control de extranjeros y migración

En el Derecho Internacional Público, el control de los extranjeros y el tema migratorio están reconocidos como inherentes al ejercicio de la soberanía de los Estados.

1.2.1 La regulación interna:

En Sentencia C-1259 del 2001, la Corte Constitucional destaca:

"Ahora bien, dada la trascendencia que la nacionalidad tiene en la dinámica de los Estados modernos, como una emanación del principio de soberanía, disponen de la facultad de regular el ingreso y permanencia de extranjeros. Esto es comprensible pues todo Estado debe tener conocimiento de los nacionales de otros países que ingresan a su territorio, de los propósitos con que lo hacen y de las actividades a que se dedican pues ese conocimiento le permite ejercer un control adecuado que atienda también los intereses de sus nacionales"

En principio hay que afirmar que a cada Estado le asiste el derecho soberano de permitir o rechazar el ingreso de los extranjeros a su territorio, y en el primer caso, de determinar las condiciones de dicho ingreso.

Y más adelante expresa el concepto antes mencionado:

"En derecho colombiano, la regulación actualmente vigente sobre este derecho soberano se encuentra en el Decreto 4000 del 30 de noviembre del 2004. "Por el cual se dictan disposiciones sobre la expedición de visas, control de extranjeros y se dictan otras disposiciones en materia de migración". El Decreto en cita está expedido en ejercicio de la competencia para "dirigir las relaciones internacionales" que le confiere el artículo 189, numeral 2, de la Constitución al Presidente de la República como Jefe de Estado.

Sin perder de vista los compromisos adquiridos a través de instrumentos internacionales, la materia de que trata el Decreto 4000 de 2004 es expresión directa del ejercicio de la soberanía del Estado a nivel interno, y así se reafirma en su artículo 1°, incisos primero y final, a cuyo tenor:

"Es competencia discrecional del Gobierno Nacional, fundado en el principio de la soberanía del Estado, autorizar el ingreso y la permanencia de extranjeros al país."(...)

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el ingreso, permanencia y/o salida de extranjeros del territorio nacional, se regirá por las disposiciones de este decreto y por las políticas establecidas por el Gobierno Nacional."

Los incisos segundo, tercero y cuarto del mismo artículo, asignan las competencias en la materia al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Ahora bien, el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el territorio colombiano se concretan en autorizaciones o permisos.

El Decreto 4000 de 2004, en el artículo 5°, define la visa como "la autorización concedida a un extranjero para el ingreso y permanencia en el territorio nacional otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores." En el artículo 6° del mismo, se refiere al "permiso de ingreso y permanencia" que compete expedir al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en los casos de extranjeros que no requieran visa de visitante, de acuerdo con lo que al respecto establezca el Ministerio de Relaciones Exteriores. En el artículo 9 se trata la vigencia de las visas y sus causales de expiración, y en el artículo 10 se regula la cancelación de las mismas.

El artículo 13 ibídem se refiere al domicilio en los siguientes términos:

(...)

"Para efectos del presente decreto, se considera que tiene domicilio en Colombia el extranjero titular de visa de residente. En consecuencia, el término para poder obtener la nacionalidad colombiana por adopción se contará a partir de la fecha de expedición de la correspondiente visa de residente. "(Las negrillas no son del texto).³¹

Para la visa de residente, de acuerdo con esta normativa, a la residencia del extranjero en Colombia ha de sumarse su ánimo de permanencia en el territorio nacional para que pueda ser otorgada en cualquiera de sus categorías.

La Sala resalta el verbo rector establecerse y la calificación de la acción como definitiva, porque según se verá más adelante, guardan inequívoca correspondencia con los elementos constitutivos del concepto de domicilio en el Código Civil y en las normas constitucionales y legales que regulan la nacionalidad colombiana".

Sobre la relación domicilio - residencia, dijo la Sala en el concepto antes mencionado: "De lo hasta aquí dicho ha de resaltarse que el concepto de "domicilio" es, en la Constitución y en la ley, una condición determinante de la nacionalidad y de los efectos que de ella se derivan; que es único y es el mismo, tanto para los nacionales como para los extranjeros, puesto que el Código Civil y la legislación sobre nacionalidad y sobre control de extranjeros y migración, lo definen como el ánimo de permanecer en territorio colombiano. A lo cual se agrega que, siendo deber de los extranjeros sujetarse a la ley colombiana para ingresar y permanecer en el país, sólo pueden reconocerse y ser reconocidos como domiciliados cuando les ha sido otorgada la visa de residentes, habida cuenta de la relación directa que tiene esta clase de visa con el domicilio en virtud de lo dispuesto por los artículos 13 y 48 del Decreto 4000 del 2004.

Hace notar la Sala que sólo para la visa de residente se exige la declaración de la intención de permanecer en el territorio nacional; para las demás visas la razón que aduce el extranjero para ingresar al país, permite colegir que carece del ánimo de radicarse en él y, por lo mismo, se le otorga algún otro tipo de visa. Por lo tanto, los extranjeros titulares de cualquier visa diferente de la de residente son transeúntes en los términos del artículo 75 del Código Civil.

De lo expuesto se desprende otra consecuencia fundamental para este concepto: la visa de residente se convierte en la prueba del ánimo de permanecer en el territorio colombiano para efectos del domicilio. Puede suceder que un extranjero que ingresó en un primer momento como transeúnte decida residir en el país, para lo cual deberá solicitar el correspondiente cambio de visa y la regularización de su situación, pues no puede, sin violar las normas sobre migración, hacer caso omiso de las mismas y oponerle al Estado su situación de hecho, buscando fincar en ésta un derecho". (Negrillas fuera del texto original)

También el concepto 1653 se refiere al tema de la sujeción de los extranjeros a la ley Colombiana; "(...)

Aunque el artículo 28 de la ley, al enunciar los principios que orientan el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, reserva esa posibilidad para los ciudadanos, creando un trato diferente con respecto a los extranjeros residentes, la norma instrumental contenida en el artículo 29 de la misma ley, al conceder la posibilidad de participar y acceder a todas las personas que reúnan los requisitos para el desempeño del cargo, concuerda en un todo con las normas contenidas en los convenios internacionales y en el decreto 4000 de 2.004 que garantizan el trabajo migratorio, en especial de los extranjeros con visa de residente.

"De acuerdo con lo establecido en el presente concepto, para determinar los alcances diferenciadores de los artículos 28 y 29 de la ley 909 de 2.004, es necesario retomar los conceptos analizados e implementarlos a través de una lectura sistemática y concordada de los artículos 40 y 99 de la Constitución Política, para concluir que de acuerdo con el mensaje constitucional, ha de entenderse que el legislador quiso de alguna manera reflejar la diferencia entre el concepto dinámico de función pública y el concepto netamente laboral de cargo público, con el fin de reservar a los ciudadanos nacionales (por nacimiento o por adopción según las distintas previsiones normativas) el ejercicio de empleos que en sentido técnico administrativo supongan el ejercicio de función pública en cuanto significan el desempeño de jurisdicción o autoridad civil, dando la posibilidad, para que de acuerdo con las calidades que la ley o reglamento exijan para los demás cargos públicos, éstos puedan ser desempeñados por nacionales o extranjeros, en desarrollo del principio de igualdad constitucional y el respeto al derecho fundamental de toda persona al trabajo.

Sobre la naturaleza de los concursos públicos de méritos y la legitimación de los extranjeros para participar en ellos, se ha pronunciado la Corte Constitucional en diversas oportunidades, así:

Corte Constitucional, sentencia T - 256 de 1.995:

"Puede definirse el concurso público aludido, como el procedimiento complejo previamente reglado por la administración, mediante el señalamiento de las bases o normas claramente definidas, en virtud del cual se selecciona entre varios participantes que han sido convocados y reclutados, a la persona o personas que por razón de sus méritos y calidades adquieren el derecho a ser nombradas en un cargo público.

El procedimiento en su conjunto está encaminado a alcanzar la finalidad anotada, sobre la base del cumplimiento estricto de las reglas o normas del concurso, la publicidad de la convocatoria al concurso, la libre concurrencia, y la igualdad en el tratamiento y de oportunidades para quienes participan en el mismo.

Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas obligatorias tanto para los participantes como para aquella; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección.

Por consiguiente cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquella".

En igual sentido se pronunció la misma Corte Constitucional en la sentencia SU 133 de 1.998, de unificación de doctrina sobre el tema, cuya parte final dice:

"La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado".

Conforme a la doctrina expuesta la Corte Constitucional analizó el caso de un extranjero residente en Colombia, de nacionalidad Búlgara, quien participó en un concurso convocado por la Orquesta Sinfónica de Colombia, para proveer el cargo público de Flauta Piccolo Clase "A", quien obtuvo el mayor puntaje luego de la respectiva evaluación, y a quien sin embargo se le desconoció su derecho al cargo, bajo el argumento de que de todas maneras debía preferirse a un ciudadano colombiano.

Dijo la Corte en sentencia T-380 de 1.998:

"Para la Corte es claro entonces que al demandante le fue vulnerado el derecho a la igualdad. En efecto, el artículo 13 de la Carta Política establece que 'todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades, y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica'. (Negrilla fuera de texto de la Carta, pero incluido en el texto de la Corte).

Igualmente, se desconoció el artículo 100 ibídem, según el cual los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles y garantías que se conceden a los colombianos, con la advertencia de que la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales, o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Es evidente que la norma superior garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual, y a la protección jurídica de los derechos y garantías que se otorgan a los colombianos."¹⁴

A renglón seguido anota la Corte Constitucional:

"Finalmente, y como resultado de la actuación del demandado, al señor (músico Búlgaro) se le desconoció su derecho fundamental al trabajo, pues no pudo acceder al cargo para el que concursó, a pesar de cumplir a cabalidad con los requisitos exigidos. El artículo 25 de la Constitución dispone que "toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

EL CONCEPTO:

Aunque en principio el ejercicio de funciones y cargos públicos se reserva a los nacionales colombianos, cuando por Constitución o ley no se exija la calidad de nacional colombiano para ocupar un determinado cargo público, las personas extranjeras residentes en Colombia que no han adquirido la nacionalidad colombiana pueden participar en los concursos para acceder a los cargos públicos clasificados como de carrera y adquirir los derechos sobre ésta (Subrayado fuera de texto).

Al respecto de la condición de nacional colombiano aún, para la vinculación provisional, resulta pertinente tomar en consideración lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C-793 de 2002, al decir que:

(...) el cumplimiento de los requisitos del cargo hace parte de las condiciones para ejercer el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para elegir, ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40, numerales 1 y 7 de la Constitución). Por ello:

No puede ser ajeno a la garantía constitucional de los derechos esenciales del hombre el ejercicio cierto de los que se enmarcan dentro del ámbito de la participación política, ya que éstos también son inherentes a la naturaleza humana, la cual exige, como algo derivado de su racionalidad, la opción de tomar parte en el manejo de los asuntos públicos. Ello, desde luego, sobre la base de que exista con el Estado el vínculo de la nacionalidad y de que se cumplan los requerimientos constitucionales y legales para su ejercicio.

Desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en 1789 por la Asamblea Nacional Francesa, se plasmó, como derecho del ciudadano, el de ser admitido a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin otro criterio de distinción que el derivado de sus virtudes y de sus talentos, principio ratificado por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) cuando declaró en 1969 que todo ciudadano debe gozar del derecho y la oportunidad de "tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de SU país".

El mismo principio había quedado plasmado en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que proclamó la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y en el 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fueron aprobados por el Congreso de Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho - genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.⁴

"Por lo tanto, como lo ha señalado esta Corporación, el artículo 40 de la Constitución no implica que TODOS los ciudadanos colombianos puedan ser elegidos para TODOS LOS CARGOS, ya que sólo pueden serlo aquellos que reúnan las calidades exigidas por la misma Constitución o por la ley para ejercer el respectivo cargo o función.⁵

Aplicados todos los elementos expuestos a su caso particular, donde no ha podido adquirir la nacionalidad colombiana por adopción, ni aún conservando su nacionalidad Rusa, resulta imposible, jurídicamente, que pueda acceder a cargos del Estado Colombiano, cualquiera sea el tipo de vinculación y cualquiera sea la naturaleza del cargo (de carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción o de período) (Destacado nuestro).

De conformidad con lo expresado por la Constitución Política y el Consejo de Estado, una persona extranjera está impedida para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, y para aquellos establecidos en la Ley 43 de 1993, así como los cargos que se rijan por normas especiales y que exijan la calidad de colombiano de nacimiento.

Respecto de los demás empleos, es decir, aquellos que no conlleven anexa autoridad o jurisdicción o los establecidos en la Ley 43 de 1993, en criterio de esta Dirección Jurídica no habría impedimento alguno para nombrar una persona de nacionalidad extranjera siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para desempeñar el empleo. Lo anterior teniendo en cuenta que, según nuestro ordenamiento Constitucional, los extranjeros tienen los mismos derechos civiles y garantías concedidas a los nacionales, salvo limitaciones que establezcan la Constitución y la ley.

Se considera importante destacar que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 136 de 1994, ejercen autoridad civil, política y administrativa los empleados facultados para:

ARTÍCULO 188. Autoridad civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

(...)

ARTÍCULO 190. Dirección administrativa. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

De acuerdo con lo previsto en la ley 136 de 1994, ejercen autoridad civil o administrativa los empleados facultados para, entre otras, nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia.

Es pertinente destacar que, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia N°. 130012331000 2007-00800-01 del 20 de febrero de 2009, C.P. Susana Buitrago Valencia, ha señalado que si bien los criterios de autoridad política y administrativa, previstos en los artículos 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, están dictados originalmente respecto al orden municipal, la jurisprudencia de esa Corporación ha admitido que esa circunstancia no es óbice para que los referidos criterios puedan ser tenidos en cuenta respecto de la noción que contienen, en asuntos de otros niveles de la administración pública en razón a que no existe otro referente Legislativo frente al tema, indicando lo siguiente:

(...) Pero no ha sido solamente la Sección Quinta la que ha mantenido esa posición integradora frente a la posibilidad de que los criterios de

autoridad previstos en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 se apliquen para otros niveles de la administración pública, distintos a los del nivel local, ya que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha admitido de vieja data y en diferentes fallos que los criterios de autoridad dispuestos en aquellas normas sirvan igualmente para determinar el contenido y alcance del régimen de inhabilidades de los congresistas (Art. 179 C.N.), cuando se decide sobre la pérdida de investidura de un Congresista de la República (Arts. 183 y 184 C.N.), acudiendo precisamente a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, en otras palabras admitiendo que la analogía legis sí es de recibo en materias relativas a las inhabilidades.

En oportunidad anterior, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto número 413 del 5 de noviembre de 1991, expresa:

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características: a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la Republica, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

(...)

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar (Subrayado fuera de texto).

En similar sentido, el Consejo de Estado, Sección Quinta, en Sentencia del 18 de julio de 2005 emitida dentro del proceso número 760012331000200304840 01, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa, se pronuncia frente a la autoridad administrativa:

Así pues, conforme a la definición legal transcrita, para determinar si un empleado público ejerce autoridad administrativa, el estudio necesariamente debe partir del contenido funcional del cargo que ocupa.

De conformidad con los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero, se fundamenta en la investidura de un cargo en particular y, dos, el ejercicio funcional del empleo. Por ende, para determinar si un empleado público ejerce autoridad administrativa o civil, se hace necesario acudir a las funciones asignadas al cargo respectivo, con el propósito de analizar a la luz de las mismas si ellas implican poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados en la respectiva entidad.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1.- *¿Un extranjero residente en Colombia puede acceder al ejercicio de un empleo del nivel directivo, en un área técnica de una entidad cabeza de sector administrativo, que hace parte de la Rama Ejecutiva del orden nacional?*

Revisadas las funciones del director técnico no se observa que las mismas denoten autoridad civil o administrativa que le impidan ser nombrado en el cargo. No obstante, tenga en cuenta que para poder vincularse en Colombia como extranjero residente debe acreditar visa de trabajo que le permita trabajar en el país, tener cédula de extranjería cuando su permanencia sea igual o superior a 3 meses y, cumplir con el perfil y los requisitos del empleo como la homologación o convalidación de títulos, el permiso o licencia provisional, matrícula, tarjeta profesional o constancia de experiencia expedido por los consejos profesionales o autoridad competente según corresponda.

2.- ¿Un extranjero residente en Colombia puede acceder al ejercicio de un empleo del nivel asesor, en una entidad cabeza de sector administrativo, de la Rama Ejecutiva del orden nacional?

Para la vinculación en el empleo corresponde al interesado analizar las funciones de este empleo a fin de determinar si el cargo comporta ejercicio de autoridad civil o administrativa; de no estar inhabilitado, se reitera la conclusión del punto anterior, en el sentido que como residente debe acreditar visa de trabajo y demás documentos que le permitan cumplir a cabalidad con los requisitos del empleo.

3.- Con base en las funciones detalladas arriba, en especial las relacionadas con aprobar los Planes Especiales de Manejo y Protección y autorizar las intervenciones sobre los bienes de interés cultural que así lo requieran, de conformidad con la Ley 1185 de 2008, así como participar en el procedimiento de control sobre el cumplimiento de los planes y programas de competencia de su área, ¿se entiende que estas funciones asignadas y delegadas al director de Patrimonio y Memoria conllevan el ejercicio de autoridad o jurisdicción?

Las funciones, en específico las relacionadas con la intervención sobre los bienes de interés cultural o sobre el control en el cumplimiento de los planes y programas de competencia del área no conllevan el ejercicio de autoridad civil o administrativa; en tanto estas implican poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados en la respectiva entidad.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva_, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PAGINA

¹«Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

²Artículo 4 y 5 de la Ley 43 de 1993.

³El Título IV, regula las "Clases y categorías de visas". De acuerdo con el artículo 21, las visas son: 1. de cortesía; 2. de negocios; 3. de tripulante; 4. temporal, de trabajador, de cónyuge, o compañero(a) permanente de nacional colombiano(a), de padre o madre de nacional colombiano, de religioso, de estudiante, especial, de refugiado o asilado; 5, de residente, de residente como familiar de nacional colombiano, de residente calificado, de residente inversionista; 6 de visitante, de turismo, de visitante técnico, de visitante temporal. Todas tienen en común su temporalidad, salvo la visa de residente cuya vigencia es indefinida, aunque expira en caso de que el titular se ausente del país por más de dos años continuos."

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-003 del 11 de mayo de 1992.

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:07:34