

**INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - Régimen de personal / RETIRO DEL SERVICIO – Causales de retiro del servicio / DIRECTOR DEL INPEC – Tiene la facultad de retirar a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia / ACTUACION ADMINISTRATIVA – Esta sujeta a los procedimientos establecidos en la constitución y la ley / RETIRO DE FUNCIONARIOS DE CARRERA – Derecho de defensa y debido proceso**

El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, cuenta con la facultad de retirar del servicio a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de dicho Instituto, por razones de conveniencia, esto es, en aras de alcanzar la depuración, moralización administrativa y funcional que se exige de quienes desarrolla una tarea tan importante y trascendental para la sociedad como lo es la custodia y vigilancia de los nacionales o extranjeros privados de la libertad, sin que ello, desde luego constituya una potestad discrecional absoluta, en tanto el servidor objeto de esta medida debe contar con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. El artículo 121 de la Carta Política obliga que la todas las actuaciones de la administración estén sujetas a las exigencias y procedimientos establecidos por la misma Constitución y la ley, sin embargo, hay casos en los que es necesario que el legislador de manera excepcional faculte a determinados funcionarios para obrar discrecionalmente, esto es, para tomar decisiones o abstenerse de hacerlo, para apreciar o juzgar circunstancias de hecho, de oportunidad y conveniencia, sin que deba entenderse tal facultad como absoluta o ajena a los principios que rigen la función administrativa. Así las cosas, para el caso los miembros de su Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, tratándose de funcionarios de carrera, su retiro por inconveniencia, estará sujeto no sólo a los principios que gobiernan la función administrativa, artículo 209 de la Constitución Política, entre ellos la igualdad, moralidad e imparcialidad, sino a la efectiva garantía del derecho fundamental de defensa, artículo 29 de la Constitución Política, esto en la medida en que el funcionario objeto de dicha medida sea informado de los cargos e imputaciones que se le formulan, con el fin de que pueda controvertirlos allegando el material probatorio pertinente.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO LEY 407 DE 1994 – ARTICULO 49

**NOTA DE RELATORIA:** CITA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL C 108 DE 1995. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

**DEBIDO PROCESO – Vulneración / RETIRO DEL SERVICIO – No se garantiza el derecho de defensa y debido proceso / RETIRO DEL SERVICIO – Manifestación del proceder respecto de la solicitud de retiro / FUNCIONARIO DE CARRERA – Retiro del servicio /REINTEGRO - Procedente**

A juicio de la Sala, tal hecho no constituye una garantía al debido proceso en los términos previstos por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa. Teniendo en cuenta lo anterior, y que el señor Luis Fernando Gutiérrez Santos fue citado ante la Junta Asesora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario,- INPEC-, con el fin de que opinara respecto a la solicitud de su retiro por inconveniencia del servicio estima la Sala, que tal hecho no constituye una garantía al debido proceso del actor en los términos previstos por la Jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa. El hecho de que el señor Secretario General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- hubiera solicitado al actor que manifestara su parecer respecto de la solicitud de retiro del servicio que pesaba en su contra, no garantiza su derecho de defensa, toda vez que no es mediante manifestaciones u opiniones que el señor LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ SANTOS podía debatir y controvertir las razones de la supuesta solicitud de retiro

del servicio, pues era indispensable que la Junta Asesora hubiera puesto en conocimiento del demandante, de manera clara, concisa y concreta los hechos que en verdad motivaron la solicitud de su retiro del servicio, si ella hubiera existido, circunstancia que como se evidencia del contenido del Acta 087 de 12 de mayo de 2000 (folios. 124 a 136) nunca ocurrió, imposibilitándole en consecuencia controvertir las razones que tenía la Institución para retirarlo del servicio. No es una actuación formal o de mero trámite, como lo entendió el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la que debía adelantarse previo a decidir el retiro de un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del citado Instituto, inscrito en carrera, pues como lo ha manifestado esta Corporación, se trata, debe precisarse, de una actuación en la que la administración debía informar al señor Luis Fernando Gutiérrez Santos sobre los hechos en que se fundaba la solicitud de su retiro, esto mediante una formulación clara y detallada de cargos, poniendo a su disposición los informes y documentos que supuestamente le servían de soporte para ello, a fin de que hubiera podido controvertirlos allegando el material probatorio conducente, pertinente y eficaz para tal efecto, circunstancias, que, se repite no se observan en el asunto concreto.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03620-01(0712-12)**

**Actor: LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ SANTOS.**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –  
INPEC**

#### **Autoridades Nacionales**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 25 de octubre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

#### **ANTECEDENTES**

LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ SANTOS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso

Administrativo y por conducto de apoderado, demandó del Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de la Resolución 1429 de 16 de mayo de 2000, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, por medio de la cual se dispuso su retiro del cargo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, por inconveniencia en el servicio.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pretende se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de similares o superiores condiciones sin solución de continuidad y que se condene a la demandada al pago de salarios y prestaciones, con sus incrementos e intereses respectivos, y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, señala:

Mediante Resolución 2483 del 17 de diciembre de 1991 expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario INPEC fue nombrado en período de prueba en el cargo de Guardián de Prisiones Código 5175, Grado 02,

A través de la Resolución 0662 del 11 de febrero de 1997, fue nombrado en el cargo de Dragoneante, Código 5260, Grado 11, siendo incorporado mediante Resolución 0015 de 01 de junio de 1998 en el escalafón de la carrera penitenciaria, gozando desde esa fecha con la estabilidad laboral característica de este tipo de funcionarios,

Posteriormente, mediante Resolución 00061 del 25 de junio de 1999 se actualizó en el escalafón de la Carrera Penitenciaria y carcelaria.

En ejercicio de sus funciones se caracterizó por su ejemplar conducta, idoneidad y responsabilidad, así mismo, por su sentido de pertenencia a la institución.

Mediante Resolución 1429 de 16 de mayo de 2000, sin motivación, fue desvinculado por inconveniencia en el servicio.

#### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

- Constitución Política, artículos 13, 15, 29, 42 y 44.
- Decreto 407 de 1994, artículo 10.

- Decreto 1890 de 1999.

Como concepto de violación contra las normas invocadas expresa:

El acto administrativo demandado vulnera el derecho al debido proceso del demandante en la medida en que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, nunca dio a conocer los verdaderos motivos que tuvo para disponer su retiro del servicio, solamente se le notificó la decisión, sin la posibilidad material de controvertir los hechos que fundamentaba esta decisión.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la sentencia objeto del recurso de apelación negó las pretensiones de la demanda, con base en los argumentos que a continuación se resumen.

En primer lugar, sostuvo que el Decreto Ley 407 de 1994, por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, establece las causales de retiro del servicio de sus servidores entre las que se encuentra, el retiro por voluntad del Director General del Instituto, previo concepto de la Junta Asesora.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia C- 108 de 1995 declaró exequible de manera condicionada la referida causal de retiro bajo el entendido de que no se trata de una potestad absoluta en cabeza del Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, sino de una medida que busca la depuración, moralización administrativa y funcional de los establecimientos carcelarios, ajustada a lo preceptuado por el artículo 125 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Director General del Instituto Penitenciario y Carcelario, INPEC, profirió la Resolución 1429 de 16 de mayo de 2000 mediante la cual, previo concepto de la Junta Asesora, dispuso el retiro del servicio del señor Luis Fernando Gutiérrez Santos por inconveniencia en el servicio.

Precisó que, de acuerdo con lo consignado en el Acta 087 del 12 de mayo de 2000 resulta evidente que el demandante no sólo tuvo la oportunidad de manifestar su

versión de los hechos que rodearon la declaratoria de estado de emergencia carcelario y penitenciario en el país, sino de controvertir los cargos que le habían sido formulados con plena observancia de su derecho de defensa.

Así las cosas, el procedimiento que se siguió con anterioridad a la expedición del acto acusado se ajustó a lo dispuesto en el Decreto Ley 407 de 1994 y en la Resolución 0969 de 2000 garantizando, sin duda alguna, los derechos fundamentales del señor Luis Fernando Gutiérrez Santos, entre ellos, los de defensa y contradicción, razón por la cual se niegan las pretensiones de la demanda.

#### **FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN**

El apoderado del señor Luis Fernando Gutiérrez Santos indica que no obstante que la administración del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- quiso dar apariencia de garantía del derecho de defensa a través de la actuación de la Junta Asesora, la verdad real es que el derecho fundamental no fue garantizado porque el cuerpo colegiado conformado por funcionarios de confianza del Director, no hicieron imputación alguna, la cual de existir debió haber sido dada a conocer al inculpado atendiendo la solicitud que el actor hizo durante su intervención.

En consecuencia, señala que para garantizar plenamente el derecho de defensa del servidor público, es necesario que se de a conocer no solamente la inconveniencia sino las imputaciones y cargos correspondientes para que el afectado proceda a controvertirlos, allanarse y si es el caso exigir o aportar el acervo probatorio que considere necesario, pertinente y eficaz en la defensa de sus intereses.

En este orden, se indica que el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- tomó la facultad discrecional de retirar a los servidores por razones de inconveniencia como si fuera absoluta, cuando no existen potestades absolutas, aspecto que fue estipulado en la sentencia C-108 de 1995 que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 65 del Decreto 407 de 1994.

Para resolver, se

#### **CONSIDERA**

El problema jurídico se gira en torno a determinar la legalidad de la Resolución 1429 de 16 de mayo de 2000, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, por medio de la cual se dispuso el retiro del señor LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ SANTOS de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, por inconveniencia en el servicio.

La inconformidad con el fallo apelado, la hace consistir en que si bien es cierto que el acto administrativo acusado es producto de la facultad establecida en los artículos 49 y 65 del Decreto 407 de 1994, que permite el retiro por razones de inconveniencia en el servicio, no es menos cierto que dicha facultad sea omnímoda, pues debió regirse dentro de los parámetros del debido proceso y el derecho de defensa establecidos en la Constitución Nacional y la Jurisprudencia.

Pone de presente el apelante, que la Junta Asesora de la Entidad demandada, tal como consta en el acta 087 de 12 de mayo de 2000, le informó al actor sobre la solicitud de su retiro por inconveniencia y se limitó a pedirle exponer los argumentos que estimara convenientes para su defensa.

**Del retiro del los miembros del cuerpo de vigilancia y custodia del instituto nacional penitenciario y carcelario, inpec, por inconveniencia en el servicio.**

El Presidente de la República mediante el Decreto Ley 407 de 20 de febrero de 1994, por el cual se estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, dispuso en su artículo 49 como causales de retiro del servicio de los empleados del citado Instituto, las siguientes:

*Son causales de retiro para los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, las siguientes:*

- a) Declaración de insubsistencia del nombramiento;*
- b) Renuncia regularmente aceptada;*
- c) Supresión del empleo;*
- d) Retiro con derecho a pensión;*
- e) Por invalidez absoluta;*
- f) Incapacidad profesional;*
- g) Destitución;*
- h) Edad de retiro forzoso;*
- i) Abandono del cargo;*
- j) Orden o decisión judicial;*
- k) Muerte;*
- l) Sobrepasar la edad máxima para cada grado;*

***m) Retiro del servicio de un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia por voluntad del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria.”.***  
*(Resalta la Sala).*

En este mismo sentido, el artículo 65 ibídem precisó que el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, previo concepto de la Junta Asesora podía disponer el retiro de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia por inconveniencia en la prestación del servicio, en los siguientes términos:

*Los oficiales, suboficiales, dragoneantes y distinguidos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, podrán ser retirados del servicio a voluntad del Director General del Instituto en cualquier tiempo cuando su permanencia se considere inconveniente, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria.”.*

La Corte Constitucional mediante sentencia C- 108 de 15 de marzo de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, condicionó la exequibilidad del artículo 65 del Decreto Ley 407 de 1994 a la efectiva protección del derecho de defensa de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, que fueran objeto de dicha medida, así:

*“En particular, en lo referente al artículo 65, la Corte entiende que se trata de una disposición que busca responder a la grave crisis que desde hace ya largo tiempo se ha venido presentado en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y a la peculiar naturaleza y función que le corresponde cumplir a esta entidad. En efecto, es bien sabido que los problemas de corrupción evidenciados en los distintos niveles, dentro del personal de dicho instituto, en especial la comprobada participación de un elevado porcentaje de funcionarios y empleados suyos comprometidos en sobornos o, cuando menos, en graves anomalías que han dado como resultado frecuente la fuga de presos, la ostensible y reiterada violación de los reglamentos internos, la tolerancia frente a actividades viciosas y aún prácticas delictivas dentro de los establecimientos carcelarios, han distorsionado de manera aberrante la función penalizadora y a la vez resocializadora que deben cumplir estos centros y que les asigna la ley, y ha sido un factor más para agravar el fenómeno de la impunidad que ha venido agobiando a la sociedad colombiana.*

*El artículo en comento le da un margen razonable de flexibilidad al Director General del INPEC para que pueda remover de su cargo, en cualquier tiempo, a los subalternos en él señalados, cuando su permanencia en el cargo se considere inconveniente. La medida busca a todas luces facilitar la depuración y la moralización administrativa y funcional de los establecimientos penitenciarios. **Pero se advierte que no se trata de una potestad absoluta para el Director del INPEC, ya que cualquier decisión a este respecto debe contar con el previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria.** Con ello se busca el objetivo esencial de que no se desvirtúen los principios de estabilidad que busca amparar la Carrera y que tienen consagración constitucional, a través de decisiones arbitrarias por parte del superior jerárquico. **Para que ello sea efectivamente así, es necesario que el empleado cuyo retiro se disponga cuente con un debido proceso y se le permita, por consiguiente, ejercer su derecho de defensa ante la Junta. Por esta razón la exequibilidad de la norma bajo examen estará condicionada a que llegado el caso, a los funcionarios en ella mencionados se les oiga en descargos por parte de la Junta, de forma tal que su separación del cargo resulte plenamente justificada.***

*Por lo demás, las razones de inconveniencia que se invoquen por parte del Director General del INPEC, en la respectiva resolución, para disponer el retiro del servicio del empleado, deben ajustarse a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 125 de la Carta Política, y a los principios señalados para la función administrativa en el artículo 209 de la misma.  
(...).*

De lo anterior se colige, que el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, cuenta con la facultad de retirar del servicio a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de dicho Instituto, por razones de conveniencia, esto es, en aras de alcanzar la depuración, moralización administrativa y funcional que se exige de quienes desarrolla una tarea tan importante y trascendental para la sociedad como lo es la custodia y vigilancia de los nacionales o extranjeros privados de la libertad, sin que ello, desde luego constituya una potestad discrecional absoluta, en tanto el servidor objeto de esta medida debe contar con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

El artículo 121 de la Carta Política obliga que todas las actuaciones de la administración estén sujetas a las exigencias y procedimientos establecidos por la misma Constitución y la ley, sin embargo, hay casos en los que es necesario que el legislador de manera excepcional faculte a determinados funcionarios para obrar



discrecionalmente, esto es, para tomar decisiones o abstenerse de hacerlo, para apreciar o juzgar circunstancias de hecho, de oportunidad y conveniencia, sin que deba entenderse tal facultad como absoluta o ajena a los principios que rigen la función administrativa.

Así las cosas, para el caso los miembros de su Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, tratándose de funcionarios de carrera, su retiro por inconveniencia, estará sujeto no sólo a los principios que gobiernan la función administrativa, artículo 209 de la Constitución Política, entre ellos la igualdad, moralidad e imparcialidad, sino a la efectiva garantía del derecho fundamental de defensa, artículo 29 de la Constitución Política, esto en la medida en que el funcionario objeto de dicha medida sea informado de los cargos e imputaciones que se le formulan, con el fin de que pueda controvertirlos allegando el material probatorio pertinente.

Así lo ha venido sosteniendo esta Corporación, donde precisó el alcance del derecho de defensa de los funcionarios inscrito en la carrera penitenciaria, retirados por inconveniencia en el servicio:

*“...En esas condiciones la Sala llega a la conclusión incontrovertible de que el retiro del servicio del señor MAIKEL ARBEY COCUNUBO MOJICA, no se realizó en legal forma, es decir, que por hallarse amparado por las prerrogativas inherentes a la carrera penitenciaria no era posible expedir el acto de retiro, sólo con el voto favorable de la Junta de Carrera Penitenciaria. Para preservar el derecho de defensa y debido proceso, no bastaba con citarlo y oírlo en descargos, de la manera como se procedió en el sub-lite, tanto el Director General del INPEC, como la Junta de Carrera Penitenciaria<sup>1</sup> (...)”*

Y en la sentencia de 19 de febrero de 2004, lo reiteró:

*“...Como se deduce del texto transcrito, no se siguieron los lineamientos planteados en el fallo de constitucionalidad, de acuerdo con los cuales para que la potestad del Director del INPEC de retirar por inconveniencia a los funcionarios de la Carrera Penitenciaria y Carcelaria se ajuste a la legalidad, debe permitirse al encartado ser oído (...) en descargos por parte de la Junta, de forma tal que su separación del cargo resulte plenamente justificada. En el sub lite fue imposible*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Expediente No. 1764-99. Sentencia de 30 de marzo de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

*para el demandante ejercer el debido proceso pues como no fue informado de las acusaciones que se le imputaban le resultó materialmente imposible defenderse. La reunión de la Junta Asesora fue sólo formal, no cumplió con el cometido que determinó su creación<sup>2</sup>.”*

Sobre estas bases se analizará el presente asunto:

LUIS FERANDO GUTIÉRREZ SANTOS fue inscrito en el régimen especial de carrera mediante Resolución 0015 de 01 de junio de 1998, actualizándose en el escalafón mediante Resolución 00061 del 25 de junio de 1999.

El 16 de febrero de 2000 el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, mediante Resolución 0872 declaró el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria en los establecimientos de reclusión del orden nacional.

Mediante Resolución 0873 de 17 de febrero de 2000 la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, teniendo en cuenta el estado de emergencia declarado, dispuso la suspensión de un número de funcionarios entre ellos el demandante.

El 12 de mayo de 2000, el demandante acudió al requerimiento hecho por la citada Junta Asesora, manifestando lo siguiente:

*“...En este estado de la actuación, el señor Secretario General del INPEC, en su calidad de Presidente de la Junta Asesora, hace su intervención y le manifiesta al funcionario que se ha solicitado su retiro por inconveniencia y se le informa la plena libertad que tiene de exponer los argumentos que estime convenientes para su defensa, y se le advierte que se encuentra libre de apremio y juramento, a lo que contesta: Tengo que informar a esta honorable junta que en uso del Derecho de Defensa me acompaña el doctor Hernando Helí Grisales García, para garantizar el mencionado derecho. Es necesario precisar que conozco los informes y por ello interpuse una Acción de Tutela, más no por la directivas del penal. **El Doctor VALDERRAMA le indica que en esta reunión de Junta Asesora simplemente se le está poniendo de conocimiento una solicitud de retiro por inconveniencia que existe en su contra y adicionalmente lo único que nos gustaría conocer qué tiene que manifestar al respecto, por ser simple y llanamente esta, una actuación formal de mero***

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Expediente No. 1161-03. Sentencia de 19 de febrero de 2004. Magistrado Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

***trámite, en donde usted puede decir, aportar y anexar todo lo que a bien tenga Es decir si usted es o no conveniente para el servicio teniendo en cuenta la solicitud que existe. El señor GUTIÉRREZ indica: Dice el Dr Valderrama que no se me está haciendo ninguna imputación, sin embargo manifiesta que se ha solicitado mi retiro por inconveniencia lo cual es totalmente contradictorio, por cuanto para solicitarme el retiro se está aseverando que he cometido tal o tales faltas disciplinarias que han conducido a X o Y persona a solicitar mi retiro, repito nuevamente por inconveniencia y me da la oportunidad de probarle a la institución que eso es o carece de validez, sin informármeme de los motivos por los cuales se ha solicitado el mencionado retiro...” (Resalta la Sala).***

En la misma fecha, mediante Acta 086-1 la Junta Asesora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, conceptuó unánimemente a favor del retiro del servicio del señor Luis Fernando Gutiérrez Santos, por inconveniencia, en los siguientes términos (folio 123):

*“En la ciudad de Medellín después de elaborada el acta de sesión No. 087 de mayo 12 de 2000, para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo segundo de la Resolución No. 0873 de febrero 17 de 2000, se reunieron los integrantes de la Junta Asesora para deliberar y emitir el concepto a que alude el artículo 65 del Decreto 407 de 1994 en concordancia con el artículo 48 numeral 4 del Decreto 1890 de 1999 y previo el procedimiento estipulado en la Resolución 0969 de marzo 9 de 2000. En consecuencia y luego de estudiado el caso en cuestión, la Junta Asesora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, concluye que existen indicios suficientes para decidir por unanimidad y conceptuar al director General del Instituto el retiro por motivos de inconveniencia en el servicio, del Dragoneante LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ SANTOS(...).”.*

A juicio de la Sala, tal hecho no constituye una garantía al debido proceso en los términos previstos por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa. Teniendo en cuenta lo anterior, y que el señor Luis Fernando Gutiérrez Santos fue citado ante la Junta Asesora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario,- INPEC-, con el fin de que opinara respecto a la solicitud de su retiro por inconveniencia del servicio estima la Sala, que tal hecho no constituye una garantía al debido proceso del actor en los términos previstos por la Jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa.

El hecho de que el señor Secretario General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- hubiera solicitado al actor que manifestara su parecer respecto de la solicitud de retiro del servicio que pesaba en su contra, no garantiza su derecho de defensa, toda vez que no es mediante manifestaciones u opiniones que el señor LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ SANTOS podía debatir y controvertir las razones de la supuesta solicitud de retiro del servicio, pues era indispensable que la Junta Asesora hubiera puesto en conocimiento del demandante, de manera clara, concisa y concreta los hechos que en verdad motivaron la solicitud de su retiro del servicio, si ella hubiera existido, circunstancia que como se evidencia del contenido del Acta 087 de 12 de mayo de 2000 (folios. 124 a 136) nunca ocurrió, imposibilitándole en consecuencia controvertir las razones que tenía la Institución para retirarlo del servicio.

En conclusión, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, no adoptó las medidas tendientes a garantizarle al actor el ejercicio de su derecho de defensa, pues previamente a su retiro debió notificarle los cargos que supuestamente justificaban la adopción de dicha medida, así como el correspondiente traslado de pruebas.

En efecto, a pesar que el actor manifiesta que conoce los informes, dentro de la misma Junta, se le imposibilitó conocer en detalle cuáles eran las razones que tenía el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- para estimar como inconveniente su permanencia en la institución, lo que resulta injustificado tratándose de una actuación la cual se suponía buscaba salvaguardar su derecho de defensa.

Así mismo, estima la Sala que resulta reprochable, por decir lo menos, el hecho de que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- mediante Resolución 0969 de 9 de marzo de 2000 establezca el procedimiento especial para dar aplicación al artículo 65 del Decreto Ley 407 de 1994, esto es, el retiro por inconveniencia del servicio, invocando en sus considerandos la sentencia de la Corte Constitucional C-108 de 1995, y que sea la misma Junta Asesora, en aplicación de dicha normativa, la que sostenga que en la diligencia a la que se convocó al demandante *“(...) no se le está haciendo ninguna imputación, simplemente, se le está poniendo en conocimiento una solicitud de retiro por inconveniencia que existe en su contra y adicionalmente lo único que nos gustaría*

*conocer es lo que tenga que manifestar al respecto, por ser simple y llanamente esta, una actuación formal de mero trámite”.*

No es una actuación formal o de mero trámite, como lo entendió el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la que debía adelantarse previo a decidir el retiro de un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del citado Instituto, inscrito en carrera, pues como lo ha manifestado esta Corporación, se trata, debe precisarse, de una actuación en la que la administración debía informar al señor Luis Fernando Gutiérrez Santos sobre los hechos en que se fundaba la solicitud de su retiro, esto mediante una formulación clara y detallada de cargos, poniendo a su disposición los informes y documentos que supuestamente le servían de soporte para ello, a fin de que hubiera podido controvertirlos allegando el material probatorio conducente, pertinente y eficaz para tal efecto, circunstancias, que, se repite no se observan en el asunto concreto.

Por las razones que anteceden, se revocará el fallo de 25 de octubre de 2011 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia que denegó las suplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**REVÓCASE** la sentencia de 25 de octubre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia por medio de la cual negó las súplicas de la demanda presentada por el señor LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ SANTOS contra el Instituto nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

En su lugar se dispone:

**DECLÁRASE LA NULIDAD** de la Resolución 1429 de 16 de mayo de 2000, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- mediante la cual se ordenó el retiro del servicio del señor Luis Fernando Gutiérrez Santos por inconveniencia en el servicio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho:

**CONDÉNASE** a la Nación, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, a reintegrar al señor Luis Fernando Gutiérrez Santos en el cargo de Dragoneante, Código 5260, Grado 11, o su equivalente, que venía desempeñando al momento de su retiro definitivo del servicio.

**CONDÉNASE** a la Nación, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, a reconocer y pagar al señor Luis Fernando Gutiérrez Santos los sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se haga efectivo el reintegro.

El pago de los salarios y demás prestaciones que resulten a favor del actor se ajustará en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y prestacional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**DECLÁRASE** para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de Luis Fernando Gutiérrez Santos.

No habrá lugar a realizar los descuentos de las sumas de dinero que hubiere recibido el actor como consecuencia de otra vinculación laboral durante el tiempo en que estuvo retirado del servicio.

Dar cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN      ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**