

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

Para el caso de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", tratándose de funcionarios de carrera, su retiro por inconveniencia, está sujeto no solo a los principios que gobiernan la función administrativa (art. 209 C.N.), entre ellos la igualdad, moralidad e imparcialidad, sino a la efectiva garantía del derecho de defensa (art.29 C.N.), en la medida en que el funcionario objeto de dicha actuación sea informado de los cargos e imputaciones que se le formulen, con el fin de que pueda controvertirlos allegando el material probatorio para el efecto.

FUENTE FORMAL: DECRETO 407 DE 1994 – ARTICULO 65

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

Ajuicio de la Sala, tal hecho no constituye una garantía al debido proceso en los términos previstos por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa citada. El hecho de que el señor Secretario General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" hubiera solicitado al actor expresara sus argumentos respecto de la solicitud de retiro del servicio que pesaba en su contra, la que por cierto, no fue allegada al presente cuestionamiento, no garantizaba su derecho de defensa, toda vez que no es mediante manifestaciones u opiniones que el señor CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS 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 No. 174 de 21 de julio de 2000 (fls. 26 y 27) nunca ocurrió, imposibilitándole en consecuencia controvertir las razones que tenía la Institución para retirarlo del servicio. Sumado a lo anterior, la Sala no advierte que la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria hubiera emitido el concepto previo que consideró que la permanencia del actor resultaba inconveniente para la institución, como se afirma en el acto acusado, siendo un requisito que exige el artículo 65 del Decreto 407 de 1994 para que fuera procedente su retiro, de donde deviene la falsa motivación alegada por el actor, pues pese al requerimiento que el a quo hizo a la entidad para que remitiera los antecedentes administrativos que dieron origen a la demanda (fl. 38 del expediente), no fue aportado dicho concepto, como tampoco la solicitud que el superior jerárquico del demandante hizo para que fuera retirado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04216-01(0099-10)

Actor: CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS

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

AUTORIDADES NACIONALES.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 28 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Antioquia, la nulidad de la Resolución No. 3490 de 21 de septiembre 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 superiores condiciones, sin solución de continuidad. Igualmente, pide que se condene a la entidad demandada al pago de salarios y prestaciones desde el día en que fue retirado hasta que se produzca su reintegro, con sus incrementos respectivos, debidamente indexados, así como la indemnización de los perjuicios morales que le causaron, el pago de costas y el cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.

HECHOS

Se resumen así:

El 13 de febrero de 1997 tomó posesión del cargo de Dragoneante, Código 5260, grado 06, por virtud de la incorporación que se le hizo mediante la Resolución 0662 de 7 de febrero de ese año.

Por Resolución 0020 de 26 de junio de 1998 fue inscrito en la carrera penitenciaria, escalafón que fue actualizado por Resolución 00061 de 25 de junio de 1999 en el cargo de Dragoneante, Código 5260, Grado 09.

Posteriormente, la Resolución 3490 de 21 de septiembre de 2000 expedida por el Director General del "INPEC", acusada, dispuso su retiro del cargo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, por inconveniencia en el servicio.

Para el momento de su retiro estaba siendo indagado en forma preliminar por la fuga del recluso Jorge Eliécer Ospina, mediante el sistema del "cambiao", al haber sido suplantado por el señor Andrés Puertas Arias, quien según su versión utilizó un artefacto de caucho que se colocó en el índice derecho.

Los hechos ocurrieron el 8 de julio de 2000 cuando cumplió la función de reseñar a los visitantes y luego la cual debía pasar al dactiloscopista para su confrontación. En las hojas que diligenció no aparece la huella de la persona que intervino en la fuga, pues no pasó por su puesto de trabajo, y por ello no podían atribuirle tal irregularidad.

Con la expedición del acto que decretó inconveniente la prestación de sus servicios se le violó el debido proceso, pues para ello el señor Director debió haber obtenido el concepto previo y favorable de la Junta de la Carrera Penitenciaria conforme lo estableció el artículo 65 del Decreto 407 de 1994 y la sentencia C-1087 de de 1995 de la Corte Constitucional, situación que no se presentó en su caso.

El acto acusado está afectado por falsa motivación, pues se fundamentó en lo establecido en los artículos 2º de la Resolución 0873 de 17 de febrero de 2000 y 48, numeral 4º del Decreto 1890 de 1999 para retirarlo del servicio por inconveniencia

(artículo 65 del Decreto 407 de 1994), que implicaba la obligación de formularle un pliego de cargos claros y darle la oportunidad procesal de contradicción y obtener de la Junta Asesora un concepto en ese sentido, que en su caso no se realizó.

Normas violadas y concepto de la violación:

- Constitución Política, artículos 2, 4, 15, 23, 25, 29, 53, 58 y 125.
- Decreto 407 de 1994, artículos 8, 10, 18, 49, 65, 83, 89, 99, 102, 103 y 111.

Al explicar el concepto de violación de la normativa invocada, expresa que una vez superó el periodo de prueba obtuvo el certificado de idoneidad con el cual acreditó su ingreso a la carrera penitenciaria en el cargo de guardián de prisiones, pues así lo dispuso el artículo 9 de la Ley 32 de 1986.

La Junta de la Carrera Penitenciaria debió adelantarle un proceso disciplinario que le permitiera ejercer su derecho a la defensa, para luego, si había lugar a ello, emitir el concepto favorable para su desvinculación por inconveniencia en el servicio, pues así lo precisó la Corte Constitucional entre otras, en las sentencias T- 359/97, T-396/97, C-056/96.

Al estar escalafonado en la carrera penitenciaria su retiro solo era procedente como consecuencia de una sanción disciplinaria, o una calificación insatisfactoria, siempre con estricto apego al derecho de defensa, pero no fue así, dado que los miembros de la Junta de la Carrera Penitenciaria cumplieron un papel de espectadores firmantes por cuanto fue citado a una reunión donde ni siquiera se le permitió defenderse.

La carrera penitenciaria brinda estabilidad en el empleo y tiene vocación de ascenso, características que no tuvo en cuenta el Director del INPEC al retirarlo del servicio sin ninguna justificación dándole el tratamiento de un empleado de libre nombramiento y remoción.

En su caso, solo existió una reunión de la Junta Asesora a donde asistió, pero en ella no se le formularon cargos de ningún tipo y por ende no tuvo la posibilidad de responderlos y debatirlos.

Para asegurar un debido proceso era necesario que le entregaran un pliego de

cargos y una vez verificada su publicidad y contradicción obtener de la Junta Asesora un concepto determinado, que en su caso no se realizó.

Posteriormente tuvo conocimiento de la decisión de retiro cuando se le notificó, es decir, nunca se le dio la oportunidad de controvertir los hechos con los que se fundamentó el acto, lo cual se corrobora al darle una lectura desprevenida al acta de la reunión, de donde se deduce que presumieron su culpabilidad por cuanto los miembros de la Junta de la Carrera Penitenciaria no le permitieron ejercer su derecho de defensa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en síntesis en las siguientes razones:

Al actor no se le vulneró el derecho de defensa, pues fue escuchado por la Junta Asesora quien con fundamento en el artículo 65 del Decreto 407 de 1994 emitió el concepto que originó la expedición de la Resolución acusada.

Ahora bien, el proceso disciplinario por las faltas en que hubiere podido incurrir el actor es independiente de la decisión de retiro por inconveniencia en la prestación de sus servicios, por tratarse de dos situaciones diferentes, pues esta última obedece fundamentalmente al interés general y por la buena marcha del "INPEC".

No son tolerables las irregularidades de los guardianes en la prestación de sus servicios, y de ahí la razón del retiro por inconveniencia en el servicio que obedece a la necesidad no solo de preservar el orden público en los establecimientos carcelarios sino también de la institucionalidad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, denegó las súplicas de la demanda, en síntesis, por las siguientes razones:

No se advierte que el acto acusado se hubiera expedido con falsa motivación, pues previamente al retiro del señor Custodio Fuentes Viviescas por inconveniencia en el servicio, la Junta Asesora del "INPEC" escuchó sus descargos con lo cual le garantizó su derecho a la defensa y el debido proceso, es decir, se dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 65 del Decreto 407 de 1994 y 48 numeral 4º del Decreto 1890 de 1999 en armonía con lo expuesto en la sentencia C-108 de 15 de marzo de 1995 de la Corte Constitucional.

Escuchados los argumentos que el actor estimó convenientes para su defensa respecto de los hechos en los que se vio involucrado, la Junta Asesora del "INPEC" emitió el Acta No. 174-1 de 21 de julio de 2000 (que no fue aportada al proceso), citada en la motivación del acto acusado, en donde conceptuó favorablemente sobre el retiro por inconveniencia del servicio del actor.

Del texto del Acta de la Junta Asesora, se puede concluir que el actor Fuentes Viviescas, sí contó con la oportunidad para explicar lo ocurrido, y por lo tanto pudo hacer uso del derecho de defensa.

Contrario a lo expresado por el actor en la demanda, no era necesario formularle pliego de cargos o que se le adelantara proceso disciplinario previo al acto de retiro del servicio, pues éste es independiente del proceso administrativo adelantado y reglamentado para el "INPEC", dado que la facultad con base en la cual se le retiró obedece a competencias especiales que fueron conferidas por la Ley al Director General de la entidad demandada.

LA APELACIÓN

El recurso tiene como finalidad que la providencia recurrida sea revocada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, y para ello invoca las siguientes razones:

Discrepa de la decisión del Tribunal por haber interpretado las normas que originaron su retiro de manera contraria a la voluntad y filosofía del Legislador.

Según la sentencia C-108 de 1995 de la Corte Constitucional, el retiro por inconveniencia en el servicio para los oficiales, suboficiales, dragoneantes y distinguidos del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del Decreto Ley 407 de 1994, no se

trata de una potestad absoluta del Director General del "INPEC", ya que cualquier decisión a este respecto debe contar con el previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria, Junta que debe garantizar a dichos funcionarios el debido proceso, teniendo en cuenta sus descargos de tal manera que la separación del cargo resulte plenamente justificada.

Por su parte el Consejo de Estado al resolver un asunto similar señaló que la calificación de inconveniencia puede afectar derechos personales de funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, tales como su reputación, honestidad y buen nombre, así como los correspondientes al fuero de carrera y de la estabilidad que brinda ella, por lo que es evidente que deba dársele al empleado la oportunidad para que ejerza su derecho a la defensa y por lo tanto pueda dar las explicaciones necesarias a las imputaciones que le hacen, para que así la administración pueda llegar a la conclusión de que su retiro del servicio es justificado.

En el presente asunto el Tribunal advirtió que la entidad demandada no cumplió con el trámite ordenado por la Ley para desvincularlo por inconveniencia en el servicio, por cuanto el acto administrativo acusado se deriva de una situación irregular que no se ajustó a las normas y garantías de un debido proceso, y menos que haya obedecido a una calificación insuficiente, como lo precisaron los aludidos precedentes.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico gira en torno a determinar la legalidad de la Resolución 3490 de 21 de septiembre 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 CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS del cargo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, por inconveniencia en el servicio.

La inconformidad con el fallo apelado, la hace consistir en que el Tribunal advirtió que el "INPEC" no cumplió con el trámite ordenado por la Ley y la jurisprudencia para desvincularlo por esa causal, es decir, no le garantizó el debido proceso, pues no se le hicieron imputaciones o cargos concretos y por ende no se le permitió dar las explicaciones necesarias a ellos, por lo que estima que la

administración no podía llegar a la conclusión de que su retiro era justificado.

En los hechos de la demanda señaló que de acuerdo con el artículo 65 del Decreto 407 de 1994 y lo precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-108 de 1995 que condicionó su exequibilidad, el retiro por inconveniencia en el servicio no se trata de una potestad absoluta del Director General del "INPEC" ya que cualquier decisión al respecto debe contar con el concepto previo de la Junta de Carrera Penitenciaria, que en su caso no se emitió, razón por la cual, considera que el acto acusado fue falsamente motivado.

Además, para emitirse dicho concepto era indispensable que le escucharan sus descargos de tal manera que su retiro resultara justificado, derecho que se le vulneró, pues tal como consta en el acta 174 de 21 de julio de 2000, la citada Junta solo le informó sobre la solicitud de su retiro por inconveniencia y se limitó a pedirle que expusiera los argumentos que estimara convenientes para su defensa.

Al expediente se allegó la Resolución No. 3490 de 21 de septiembre de 2000 expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", por medio de la cual se dispuso el retiro del actor del cargo de Dragoneante, por inconveniencia en el servicio, la cual se fundamentó y motivó así:

"Que el artículo 65 del Decreto Ley 407 de 1994, en concordancia con el artículo 48, numeral 4º del Decreto Ley 1890 de 1999, preveen el RETIRO POR INCONVENIENCIA EN EL SERVICIO, en cualquier tiempo, de los oficiales, suboficiales, dragoneantes y distinguidos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, a voluntad del Director del Instituto, previo concepto de la Junta Asesora.

Que existe solicitud escrita por parte del Superior Jerárquico, para retirar por INCONVENIENCIA EN EL SERVICIO al señor CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Que el señor CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 91.071.490, Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, fue citado a Junta Asesora, con el objeto de ser oído y garantizar plenamente el derecho a la defensa.

Que mediante Acta No. 174-1 de 21 de julio de 2000, la Junta Asesora, previa aplicación del procedimiento estipulado en la Resolución No. 0969 de marzo 9 de 2000, emitió concepto favorable para retirar por INCONVENIENCIA EN EL SERVICIO, al Dragoneante CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS.

Que la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", acoge el concepto emitido por la Junta Asesora..."

Como se advierte, dicha Resolución fue expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 65 del Decreto 407 de 1994, cuyo texto es el siguiente:

"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 disposición transcrita fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-108 de 15 de marzo de 1995 condicionada respecto de los funcionarios de carrera a quienes se les debe oír en descargos por parte de la Junta, con la finalidad de no vulnerar el derecho de defensa y del debido proceso. Así lo señaló:

*"(...) 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. (Se resalta)

Para el caso de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto

Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", tratándose de funcionarios de carrera, su retiro por inconveniencia, está sujeto no solo a los principios que gobiernan la función administrativa (art. 209 C.N.), entre ellos la igualdad, moralidad e imparcialidad, sino a la efectiva garantía del derecho de defensa (art.29 C.N.), en la medida en que el funcionario objeto de dicha actuación sea informado de los cargos e imputaciones que se le formulen, con el fin de que pueda controvertirlos allegando el material probatorio para el efecto.

Así lo ha venido sosteniendo esta Corporación, donde precisó el alcance del derecho de defensa de los funcionarios inscritos 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 Penitenciaria¹ (...)"

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 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 creación²."

Consta en el proceso que mediante la Resolución 0020 de 26 de junio de 1998, el actor fue inscrito en el régimen especial de carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", en el cargo de Dragoneante Código 5260, grado 6, inscripción que le fue actualizada mediante la Resolución 0061 de 25 de junio de 1999 en el mismo cargo y código pero en el grado 09, (fls. 22 y 24 del

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

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

expediente). En esas condiciones, el demandante está amparado por las prerrogativas inherentes a la carrera penitenciaria.

En el expediente obran las constancias de las calificaciones obtenidas por el actor durante el desempeño del cargo (fls. 8 a 15 del expediente), a partir de las cuales se puede establecer la eficiente prestación de sus servicios, pues obtuvo calificaciones sobre los 90 puntos, puntajes que son catalogados como excelentes.

Así mismo, según la certificación denominada "folio de vida" suscrita por el Subdirector Jefe de Personal (fls. 18 a 23 del expediente), el demandante en el desempeño de sus funciones fue objeto de muchas felicitaciones, incluso previamente a su retiro, como la que se le efectuó el 8 de mayo de 2000, entre otras razones por el acuartelamiento de primer grado en los días de semana santa, por el buen rendimiento y por la responsabilidad demostrada en la prestación de sus servicios.

También consta en el Acta No. 174 de 21 de julio de 2000 (fls. 26 y 27 del expediente) que el señor CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS fue citado ante la Junta Asesora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", con el fin de que expusiera sus argumentos respecto de la solicitud de retiro por inconveniencia del servicio.

De dicha diligencia se reseña lo siguiente:

"... 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: El día 8 de julio me encontraba de servicio y me correspondió por orden del señor oficial del servicio reseña personal visitante, me dirigí a la guardia y mediante sorteo el señor comandante de guardia, me asignó reseña de visita, por la entrada de fichos pares lo cual procedió durante la entrada y la salida, tomado como medida el implantar mi huella digital del índice derecho la huella, que verifica el señor dactiloscopista que también por medio(sic) de sorteo le correspondió los fichos impares, solicito a la junta se me tenga en cuenta el artículo 29 de la Constitución Nacional, referente al debido proceso y de encontrarme, cometiendo alguna falta me sea sancionado por el Código Único Disciplinario o Ley 200, ruego a los señores de la Junta tener en cuenta mi excelente hoja de vida ya que cada vez que he solicitado una calificación siempre he ocupado el primer puesto, también tengo que aclarar con respecto a la función que me correspondió en tal fecha, que no es dentro de estas

funciones la de verificar huellas ya que solo me limito a (sic) verificar de que el ficho le corresponde a la entrada correspondiente y pasársela al señor dactiloscopista, también es bueno aclarar que a la salida del personal de visitantes cualquiera de los dos reseñadores puede imprimir la huella del visitante en el volante correspondiente y pasarlo a los dactiloscopistas, quienes son los últimos en tomar la palabra y decidir si el visitante entra o sale, de acuerdo al cotejo que ellos hayan realizado, verificando también que se encuentre la huella del respectivo reseñador, quiero agregar y solicitar a los honorables señores de la Junta que me sea estudiada mi hoja de vida como lo dije anteriormente y si es posible solicitar referencias laborales ante mis superiores ya que tienen el mejor concepto en mi trabajo, es de agregar que en el tiempo que llevo laborando en la Cárcel de Bellavista, he sido escogido más de tres veces como el mejor funcionario. Tiene algo más que agregar o añadir a la presente: Quisiera que se tuviera en cuenta que para la fecha de los hechos tan solo contaba con dos turnos después de mis vacaciones.”

Ajuicio de la Sala, tal hecho no constituye una garantía al debido proceso en los términos previstos por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa citada.

El hecho de que el señor Secretario General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC” hubiera solicitado al actor expresara sus argumentos respecto de la solicitud de retiro del servicio que pesaba en su contra, la que por cierto, no fue allegada al presente cuestionamiento, no garantizaba su derecho de defensa, toda vez que no es mediante manifestaciones u opiniones que el señor CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS 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 No. 174 de 21 de julio de 2000 (fls. 26 y 27) nunca ocurrió, imposibilitándole en consecuencia controvertir las razones que tenía la Institución para retirarlo del servicio.

Sumado a lo anterior, la Sala no advierte que la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria hubiera emitido el concepto previo que consideró que la permanencia del actor resultaba inconveniente para la institución, como se afirma en el acto acusado, siendo un requisito que exige el artículo 65 del Decreto 407 de 1994 para que fuera procedente su retiro, de donde deviene la falsa motivación alegada por el actor, pues pese al requerimiento que el a quo hizo a la entidad para que remitiera los antecedentes administrativos que dieron origen a la

demanda (fl. 38 del expediente), no fue aportado dicho concepto, como tampoco la solicitud que el superior jerárquico del demandante hizo para que fuera retirado.

En efecto, si bien obra el Acta 174 de 21 de junio de 2000 en ella no se indican⁰¹ las razones que motivaron la solicitud de retiro, y tampoco en la No. 774-1 como se afirma en el acto acusado, lo cierto es que de ella no se desprende ni en ella obra, el concepto previo favorable para el retiro, o por lo menos de las pruebas que se aportan no se deduce tal hecho.

Dentro del proceso se demostró que el señor CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS observó una intachable conducta durante su permanencia en la institución, y no hay prueba que indique que hubiera sido sancionado disciplinariamente. Tampoco se demostró su responsabilidad frente a los hechos ocurridos el 8 de julio de 2000.

En conclusión, en sub iudice el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", no adoptó las medidas tendientes a garantizarle al señor FUENTES VIVIESCAS 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 las pruebas que sustentaron el mismo.

Por las razones que anteceden, se revocará el fallo de primera instancia, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda, y en su lugar se decretará la nulidad de la Resolución No. 3490 de 21 de septiembre 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 CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS del cargo de Dragoneante, por inconveniencia en el servicio, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará el reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de igual o similar categoría, con los derechos de carrera penitenciaria que tenía para la fecha del retiro, y al pago de los salarios y prestaciones que dejó de percibir desde la fecha en que fue desvinculado hasta el día en que se haga efectivo el reintegro.

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 28 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS.

En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 3490 de 21 de septiembre de 2000, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", por medio de la cual dispuso el retiro del señor CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS del cargo de Dragoneante, por inconveniencia en el servicio.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" a reintegrar al señor CUSTODIO FUENTES VIVIESCAS al cargo de Dragoneante, código y grado que ostentaba al momento del retiro o a uno de igual o superior categoría con derechos de carrera penitenciaria, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro, hasta que se haga efectivo el reintegro al cargo.

Las sumas que resulten a favor del actor, se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de

la causación de cada uno de ellos.

De los valores que sean reconocidos no se descontará suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que el actor estuvo separado del servicio.

DECLÁRASE para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del actor, entre la fecha del retiro y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

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