

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC - Retiro del servicio / RETIRO DEL SERVICIO POR INCONVENIENCIA - Sujeto a los principios de la función administrativa y el derecho de defensa

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 medida 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.

RETIRO POR INCONVENIENCIA DEL SERVICIO - Violación al debido proceso / RETIRO DEL SERVICIO - Citación para que opinara de la solicitud de retiro / DEBIDO PROCESO - Violación / DERECHO DE DEFENSA - Vulneración / FALSA MOTIVACION - Demostrada

Consta en el Acta No. 302 de 6 de septiembre de 2000 que el señor CASTRO RUBIANO fue citado ante la Junta Asesora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", con el fin de que opinara respecto de la solicitud de su retiro por inconveniencia del servicio. Ajuicio de la Sala, tal hecho no constituye una garantía al debido proceso en los términos previstos por la jurisprudencia constitucional y contenciosa 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, la que por cierto, conforme al testimonio rendido por la señora Amanda Zambrano Galeano, quien era su inmediato superior, nunca la solicitó como se afirma en el acto acusado, además de contener una falsa motivación en el acto acusado, per se, no garantizaba su derecho de defensa, toda vez que no es mediante manifestaciones u opiniones que el señor CASTRO RUBIANO 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. 302 de 6 de septiembre de 2000 nunca ocurrió, imposibilitándole en consecuencia controvertir las razones que tenía la Institución para retirarlo del servicio. En conclusión, en sub iudice el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", no adoptó las medidas tendientes a garantizarle al señor 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 50001-23-31-000-2001-00010-01(9413-05)

Actor: YESID CASTRO RUBIANO

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 21 de junio de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

YESID CASTRO RUBIANO por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo del Meta, la nulidad de la Resolución No. 3505 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 Inspector Código 5170, grado 11, 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, con los ascensos a que tenía derecho, y 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 s.s. del C.C.A.

HECHOS

Se resumen así:

Previa aprobación del curso respectivo, YESID CASTRO RUBIANO fue nombrado mediante Resolución No. 585 de 3 de abril de 1990, en el cargo de Guardián de Prisiones, Código 5175, Grado 2. Se posesionó el 6 de abril de 1990.

El 2 de septiembre de 2000 cuando desempeñaba el cargo de Inspector, Código 5170, Grado 11, mediante Resolución No. 089 de 2 de septiembre de 2000 se le asignan funciones de Director (E) de la Cárcel del Circuito Judicial de Acacías (Meta).

El 5 de septiembre de 2000, una reclusa le informó sobre una fuga masiva de internos. De manera inmediata procedió a planear y ejecutar un operativo que permitió la recaptura de 3 de los evadidos, se fugaron 10 internos.

Mediante Resolución No. 3505 de 21 de septiembre de 2000, sin motivación, fue desvinculado por inconveniencia en el servicio.

No tiene conocimiento si su superior jerárquico solicitó la desvinculación, porque si bien es cierto fue citado a una Junta Asesora como formalismo para justificar el retiro, allí no se le nombró apoderado que le garantizará una defensa técnica como lo prevé el artículo 29 del ordenamiento superior, razón por la cual considera que se le vulneró el debido proceso.

La Cárcel del Circuito Judicial de Acacías, no es un centro de reclusión que ofrezca completa seguridad, pues el número de guardias no es suficiente para cumplir a cabalidad con la vigilancia de la gran cantidad de internos que allí se encuentran hacinados, siendo en su mayoría sujetos de verdadera peligrosidad, por lo que a la guardia le está vedado el ingreso a los patios por el peligro que representa para su integridad física.

La diagramación, ejecución, solidez y seguridad de las edificaciones carcelarias, no están dentro de las funciones de los Inspectores, pues esa responsabilidad compete a los ingenieros y arquitectos de la Institución.

Si bien se inició una investigación de índole administrativa, no ha concluido, por ende al retirársele se le prejudgó en relación con su participación en la fuga de los internos.

Normas violadas:

- Constitución Política, artículos 13, 15, 29, 42 y 44.
- Decreto 407 de 1994, artículo 10.
- Decreto 1890 de 1999.

Al explicar el concepto de violación de la normativa invocada, expresa que el acto administrativo acusado violó tales disposiciones, pues aunque él da fe que la Junta Asesora emitió concepto para su desvinculación por solicitud de su superior, ello no ocurrió, y en ese sentido se evidenció la falsa motivación.

Una carrera administrativa como la penitenciaria no tiene sentido sin estabilidad, pues en las circunstancias en que fue desvinculado a pesar de encontrarse escalafonado, lo puso en las mismas condiciones de quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción, actuación que riñe con las previsiones del artículo 125 del ordenamiento superior.

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:

El retiro del actor se llevó a cabo por inconveniencia en el servicio, es decir, conforme a lo previsto en el Decreto 407 de 1994, que faculta al Director para su ejercicio, previo concepto de la Junta Asesora o de Carrera.

Al demandante se le adelantó el proceso contemplado en la Resolución No. 0969 de 9 de marzo de 2000, garantizándole el derecho de defensa.

El INPEC no podía mantener al demandante en el servicio porque era inconveniente para la administración. Con su retiro se buscó depurar y moralizar la funcionalidad del centro especial de reclusión al cual prestaba sus servicios, es decir, la separación del actor resultaba plenamente justificada y necesaria.

De acuerdo con los precedentes del Consejo de Estado y Corte Constitucional, para restablecer el orden, la disciplina y la autoridad de manera rápida, el Director General del INPEC no puede ni debe someterse a un proceso dilatorio para retirar por motivos de inconveniencia institucional a un miembro del cuerpo de custodia y vigilancia, sino hacer uso inmediato del artículo 65 del Decreto 407 de 1994, reglado por la Resolución No. 0969 del 9 de marzo de 2000.

LA SENTENCIA APELADA

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

Como se deduce de lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 407 de 20 de febrero de 1994, uno de los eventos que permite el retiro del servicio de un miembro del cuerpo de custodia y vigilancia como aquel al que pertenecía el actor, opera por voluntad del Director General de la Institución, facultad que debe sujetarse al previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria, es decir, antes

de producirse la expresión de voluntad, es indispensable un requisito que debe ser emitido por un ente colegiado, como el enunciado.

De otra parte, el artículo 65 del mismo Decreto, fue puntal en señalar que dicho retiro producido por voluntad del Director General, puede operar en cualquier tiempo, cuando se estime inconveniente para la institución, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria.

Estas normas buscaron ante todo un medio expedito y eficaz para el retiro, pero siempre acorde con la Constitución y la Ley, para cauterizar la corrupción reinante en estos estamentos, soportes de un Estado Social de Derecho, habida cuenta de la función tan importante que desempeñan para la convivencia pacífica del país.

Igualmente, el Decreto 1890 de 28 de septiembre de 1999, en el numeral 4ª del artículo 48 determinó entre otras funciones del Director del INPEC, la de nombrar, dar posesión y remover al personal del Instituto a su cargo, así como la de expedir los actos administrativos que sean indispensables para el manejo de este personal, en cuanto a las facultades de remoción prevista por el artículo 65 del Decreto 407 de 1994, donde el Director debe tener concepto previo de una junta asesora integrada por los funcionarios que allí se indican.

Dentro del marco jurídico expuesto, se observa que no hubo irregularidad alguna en la expresión de voluntad del Estado y más concretamente de la administración del INPEC, puesto que el sujeto activo que produjo el retiro, tenía competencia para el efecto, de otra parte, la Institución reunió a la Junta Asesora para dar aplicación al artículo 65 del Decreto 407 de 1994 y el numeral 4º del artículo 48 del Decreto 1890 de 1999, y se contó con la presencia del señor Yesid Castro Rubiano, no resultando de recibo para la Sala el argumento esgrimido por el libelista, según el cual se incurrió en una ilegalidad al no permitir que el actor hubiese comparecido a dicha junta acompañado de un experto para que pudiera ejercer una “defensa técnica”. Es de anotar que de acuerdo con el acerbo probatorio arrojado al proceso, ésta se desarrolló con la plena observancia de las formalidades legales y constitucionales aplicables al caso en concreto y que no

exigen expresamente la presencia de un profesional del derecho para lograr su cabal desarrollo.

Además, conforme al Acta 302 del 6 de septiembre de 2000 se le escuchó en descargos al actor y mediante Acta 302-1 de la misma fecha, la Junta Asesora del INPEC decide por unanimidad recomendarle al Director General retirar del servicio al señor Castro Rubiano por motivos de inconveniencia en el servicio, luego de haber examinado el caso específico que lo motivó.

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:

Si bien es cierto que los artículos 49 y 65 del Decreto 407 de 1994 establecieron la causal de retiro por voluntad unilateral del nominador del "INPEC", no es menos cierto que tal voluntad no es omnímoda, pues debe regirse por los parámetros del debido proceso y el derecho a la defensa establecidos en la Constitución Nacional y la jurisprudencia, pues todo investigado debe estar asistido por un abogado tanto en las actuaciones judiciales como administrativas.

En su condición de apoderado, asistió con el actor a la citación que le hiciera la Junta de Carrera Penitenciaria, impidiéndose su ingreso, es decir, no tuvo una asistencia técnica y en ese sentido se le violó el derecho a la defensa.

La Junta Asesora de la Entidad demandada, tal como consta en el acta 302 de 6 de septiembre de 2002, se limitó a informarle sobre la solicitud de su retiro por inconveniencia y le pidió que expusiera los argumentos que estimara convenientes para su defensa.

Posteriormente, y luego de la elaboración del Acta 302 de 6 de septiembre de 2000, a espaldas del actor se adicionó mediante el Acta 302-1 de la misma fecha, de cuyo contenido no se le enteró por cuanto ni siquiera le fue notificada, en otros términos, se le violó el derecho a la defensa, pues no la pudo controvertir, razón por la cual debe ser anulada.

Como quedó demostrado, el actor estaba inscrito en el escalafón de la carrera penitenciaria en el cargo de Inspector, Código 5170, grado 11.

Según el acto acusado, el Superior Jerárquico del actor solicitó su retiro por inconveniencia en el servicio, no obstante, el testimonio de la señora Amanda Zambrano Gallego, Directora de la Cárcel del Circuito judicial de Acacias, recepcionado en el presente asunto, desmintió el hecho de haber realizado tal solicitud. En otros términos, el Tribunal Administrativo del Meta dio por demostrado un hecho que por el contrario fue expresamente desvirtuado con dicho testimonio.

Además, luego de oficiarse al "INPEC" para que aportara la solicitud que formulara la Directora de la citada cárcel para la desvinculación del actor, no la aportó al proceso, por la sencilla razón de que no existía. Es más, según informe de la Secretaría del Tribunal (fl. 271 del expediente), la entidad demandada no dio cumplimiento a lo ordenado en auto (fl. 260 del expediente) sobre salarios y fecha exacta del retiro, luego tal conducta debe tenerse como indicio grave en contra de la parte pasiva.

La Constitución es norma de normas que prima sobre las disposiciones de menor rango (art. 4º C.N.), luego la presunción de inocencia debe prevalecer sobre la legalidad del acto administrativo de retiro de menor rango, y en ese sentido, al establecerse con la prueba testimonial y documental (antecedentes que reposan en su hoja de vida) su intachable y loable conducta profesional, laboral, social y familiar, no se puede invertir tal presunción para entrar a catalogarlo como un funcionario venal y corrupto, pues nadie cambia de la noche a la mañana sus valores morales ancestrales, por lo que tal acto de la administración constituye un agravio a su memoria, lealtad y dedicación al "INPEC".

El actor falleció el 31 de enero de 2002 (fls. 148 y 149), pues fue asesinado manejando un taxi, dejando a su esposa viuda y sus hijos huérfanos, y en vez de impartírseles justicia, reciben el fango en la memoria de su honesto, abnegado y sacrificado padre.

El Tribunal no tuvo en cuenta las menciones honoríficas, felicitaciones por servicios distinguidos, cursos de actualización (fls. 69 y s.s.) que catalogaron al actor como un elemento valioso a la Institución, pues así lo informó el Director Regional de la Colonia Penal de Acacías y la Directora de la Cárcel del Circuito de Acacías. Entonces, no entiende como el A quo además de ignorar las pruebas, le dio presunción de legalidad a un acto administrativo que enarboló la culpabilidad de un servidor público honesto.

El testimonio del señor Ricardo Orozco Velasco, informa que nunca le adelantaron investigaciones disciplinarias al actor como guardia, pues siempre fue honesto y dedicado al trabajo, aspecto que se corroboró con el certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación. Además brillan por su ausencia antecedentes judiciales.

El señor Alberto Romero en su versión da fe de los perjuicios recibidos por su esposa, hijos y allegados, y además confirmó la llegada de un funcionario de Recursos Humanos del INPEC procedente de la ciudad de Bogotá, quien ni siquiera le dio la oportunidad de narrar lo que había sucedido.

En concepto del señor Procurador, las fallas físicas y estructurales que presenta el inmueble donde funciona la Cárcel de Acacías, no fueron informadas oportunamente a los superiores, y por lo tanto esa no es disculpa por la fuga de los presos, afirmación carente de verdad, pues a folio 52 del expediente aparece la copia del oficio CCA 868 CV de 10 de septiembre de 1999, que expresamente da cuenta de las necesidades del penal, todo lo cual se corroboró con el testimonio de la señora Amanda Zambrano Galeano, quien se desempeñó como

Directora del citado centro de reclusión, quien además manifestó que la cárcel no contaba con garitas, que era una casa vieja, que contaba con cuatro guardianes para realizar turnos de 24 horas sobre los tres patios con más de 100 internos, esto es, un guardián en el patio uno, otro en la guardia y dos en la terraza, que eran los encargados también de vigilar los patios dos y tres. Señaló también que dicho establecimiento no era apto para albergar tantos reclusos entre los que se contaban guerrilleros, paramilitares y otros delincuentes de altísima peligrosidad. Precisó que desde el sitio donde se encontraba el señor Yesid Castro Rubiano, cumpliendo a cabalidad con sus funciones no se podía observar directamente el lugar o sitio donde los internos hicieron el hueco por donde se escaparon, y que una vez se produjo la evasión dio aviso a sus superiores y a la policía procediendo al operativo de recaptura.

Considera que las fallas institucionales y los errores, debieron ser corregidos por la Dirección del INPEC, y no proceder a buscar responsables por una conducta que nunca cometió.

Para resolver, se

CONSIDERA

El asunto se contrae a establecer la legalidad de la Resolución 3505 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 YESID CASTRO RUBIANO del cargo de Inspector Código 5170, grado 11, 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 302 de 6 de septiembre de 2002, 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. Posteriormente y a sus espaldas se adicionó mediante el Acta 302-1 de la misma fecha, de cuyo contenido no se le enteró por cuanto ni siquiera le fue notificada, y en ese sentido reitera que se le violó el derecho a la defensa, pues no la pudo controvertir.

Además, según el acto acusado, su superior jerárquico solicitó su retiro por inconveniencia en el servicio, no obstante el testimonio de la señora Amanda Zambrano Gallego, Directora de la Cárcel del Circuito judicial de Acacías, desmintió el hecho de haber realizado tal solicitud. En otros términos, el Tribunal Administrativo del Meta dio por demostrado un hecho que por el contrario fue expresamente desvirtuado.

Por último, estima que el Juzgador de primera instancia inadvirtió las pruebas documentales y testimoniales recaudadas dentro del proceso, las cuales dan cuenta de su trayectoria en la institución donde fue objeto de menciones honoríficas, felicitaciones por servicios distinguidos, cursos de actualización, con ausencia de antecedentes disciplinarios y penales. Además, donde se describe el estado deteriorado del establecimiento carcelario de Acacías, su sobrepoblación y el número mínimo de guardias para vigilancia, los requerimientos que hizo para mejorarlo, así como los perjuicios que se le ocasionaron como consecuencia de su retiro.

Para el efecto, se allegaron los siguientes medios de prueba:

- Folio de vida ambulante (fl.76) de la Escuela Penitenciaria Nacional, donde señala que el 17 de octubre de 1989 mediante la Resolución 3060 de 14 de noviembre de 1989, el actor fue convocado para adelantar el primer curso de formación para guardianes externos. En dicho documento también indica que adelantó curso técnico automotriz en la Escuela de la Policía Nacional, prácticas

carcelarias en la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, y curso de formación de guardián.

- Resolución 585 de 3 de abril de 1990 (fl. 134) expedida por la Ministra de Justicia (E), por medio de la cual se hacen unos nombramientos en período de prueba a un personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional. En él indica que por Resolución 3060 de 14 de noviembre de 1989 becó a un personal para adelantar el curso de formación de guardianes para llenar vacantes en las cárceles del país; el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional, mediante oficio 121 de marzo 28 de 1990, envió la lista del personal que realizó y aprobó el curso de formación de guardianes, y procede a nombrar en periodo de prueba a los guardianes de prisiones código 5175, Grado 2 en los cargos vacantes, entre ellos al actor.

- Acta de posesión No. 220 de fecha 6 de abril de 2002 (fl. 142), donde consta que el actor tomó posesión del cargo de guardián de prisiones código 5175, Grado 2, por nombramiento efectuado mediante Resolución 585 de 3 de abril de 1990 expedida por el Ministro de Justicia.

- Acta de posesión No. 000493 de 27 de julio de 1995 (fl. 147), donde consta que el actor tomó posesión del cargo de inspector código 5170, Grado 05, por ascenso efectuado mediante Resolución 5134 de 24 de julio de 1995 expedida por el Ministro de Justicia.

- Oficios de 12 de julio de 1999 y 5 de julio de 2000 (fls. 56 a 58) dirigidos por el actor al Subdirector del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, así como al Subdirector del Comando Superior del "NPEC" solicitando la ampliación de la planta de personal, para reforzar la seguridad del Establecimiento Carcelario de Acacias.

-Memorando de fecha 15 de febrero de 2000 (fl.60), suscrito por la Jefe de la División de Gestión Humana del "INPEC", donde comunica al actor que mediante la Resolución No. 0007 de 19 de marzo de 1998, fue inscrito en la carrera

penitenciaria en el cargo de Inspector, Código 5170, Grado 8, y actualizado al grado 11 mediante la Resolución 0083 de 29 de diciembre de 1999.

- Resolución 00083 de 29 de diciembre de 1999 (fls. 143 a 145) expedida por el Presidente de la Junta de Carrera Penitenciaria, por medio de la cual se actualiza en el escalafón de la carrera penitenciaria y Carcelaria a unos funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC". En dicho acto se actualiza el escalafón de carrera del actor en el cargo de Inspector, Código 5170, grado 11.

- Certificación de 24 de febrero de 2003 (fls. 133 a 138), expedida por la Jefe de Gestión Humana del "INPEC" y con destino al presente asunto, donde además de informar que el actor estuvo vinculado en dicha Institución entre el 6 de abril de 1990 y el 21 de septiembre de 2000, hizo precisión sobre los cargos desempeñados y señaló la relación de las felicitaciones y menciones honoríficas de las que se hizo acreedor por su buen desempeño en la Institución.

- Acta No. 302 de 6 de septiembre de 2000 (fls. 129 a 132), donde consta que el demandante acudió al requerimiento hecho por la Junta Asesora del "INPEC", y expuso los argumentos por los cuales no se le debía retirar del servicio por inconveniencia. Así inicia la diligencia:

“...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: ...”

- Acta No. 302-1 de 6 de septiembre de 2000 (fl.128), por medio de la cual la Junta Asesora del "INPEC", conceptuó unánimemente a favor del retiro del servicio del señor Yesid Castro Rubiano, por inconveniencia en el servicio, en los siguientes términos:

“...después de elaborada el acta de sesión No. 302 de septiembre 6 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 es inconveniente para la entidad, la permanencia en el servicio del Inspector YESID CASTRO RUBIANO identificado con C.C. No. 79.454.006. Por lo tanto se decide por unanimidad conceptuar al Director General del Instituto el RETIRO POR MOTIVOS DE INCONVENIENCIA EN EL SERVICIO, del citado funcionario”

- Resolución No. 3505 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 Inspector Código 5170, grado 11, por inconveniencia en el servicio.

Se lee en las consideraciones de dicha Resolución, lo siguiente:

“Que el artículo 65 del Decreto Ley 407 de 1994, en concordancia con el artículo 48, numeral 4º del Decreto Ley 1890 de 1999, prevén 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 YESID CASTRO RUBIANO miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Que el señor YESID CASTRO RUBIANO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.454.006, Inspector del Cuerpo, Custodia y Vigilancia del INPEC, fue citado a Junta Asesora, con el objeto de ser oído y garantizar plenamente el derecho de defensa.

Que mediante Acta No. 302-1 de 6 de septiembre 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 señor Inspector YESID CASTRO RUBIANO.”

- Testimonios rendidos por los señores Ricardo Osorio Velasco, Alberto Antonio Romero Márquez, Amanda Zambrano Galeano, Deenny Gallego Jiménez y Carlos Gutiérrez Quiroga (fls. 182 y s.s.).

- Registro Civil de Defunción del señor Yesid Castro Rubiano (fl. 331), que da cuenta que falleció el 31 de enero de 2002.

- Registro Civil de Matrimonio que indica que el señor Yesid Castro Rubiano contrajo matrimonio con Lili Nelsy Romero Márquez, el 30 de junio de 1996 en la Parroquia del Divino Niño de Acacías (fl.333).

- Registros Civiles de Nacimiento de Ronal Yesid Castro Romero y Diego Armando Castro Romero, que dan cuenta que nacieron el 30 de mayo de 1997 y 1999, respectivamente, y que son hijos del señor Yesid Castro Rubiano y Lili Nelsy Romero Márquez (fl.332 y 334).

En orden a resolver el problema jurídico, se imponen las siguientes:

La Resolución 3505 de 21 de septiembre de 2000, 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 antes 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 descargo 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.

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 medida 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 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 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

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

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.”

Ahora bien, consta en el proceso que el actor fue inscrito en el régimen especial de carrera administrativa del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, inscripción que le fue actualizada en el cargo Inspector, Código 5170, Grado 11, mediante Resolución 0083 de 29 de diciembre de 1999 (fls. 143 a 145) expedida por el Presidente de la Junta de Carrera Penitenciaria. En esas condiciones, el demandante está amparado por las prerrogativas inherentes a la carrera penitenciaria.

Consta en el Acta No. 302 de 6 de septiembre de 2000 (fls. 129 a 132) que el señor CASTRO RUBIANO fue citado ante la Junta Asesora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, con el fin de que opinara respecto de la solicitud de su retiro por inconveniencia del servicio. Ajuicio de la Sala, tal hecho no constituye una garantía al debido proceso en los términos previstos por la jurisprudencia constitucional y contenciosa 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, la que por cierto, conforme al testimonio rendido por la señora Amanda Zambrano Galeano, quien era su inmediato superior, nunca la solicitó como se afirma en el acto acusado (fl. 193), además de contener una falsa motivación en el acto acusado, per se, no garantizaba su derecho de defensa, toda vez que no es mediante manifestaciones u opiniones que el señor CASTRO RUBIANO podía debatir y controvertir las razones de la supuesta solicitud de retiro del servicio, pues era indispensable que

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

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. 302 de 6 de septiembre de 2000 (fls. 129 a 132) nunca ocurrió, imposibilitándole en consecuencia controvertir las razones que tenía la Institución para retirarlo del servicio.

En conclusión, en sub iudice el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", no adoptó las medidas tendientes a garantizarle al señor CASTRO RUBIANO 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.

Por las razones que anteceden, se revocará el fallo de primera instancia, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Meta denegó las suplicas de la demanda, y en su lugar se decretará la nulidad de la Resolución No. 3505 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 YESID CASTRO RUBIANO del cargo de Inspector Código 5170, grado 11, por inconveniencia en el servicio.

Al acreditarse el fallecimiento del demandante señor YESID CASTRO RUBIANO, y como consecuencia el reconocimiento de su cónyuge señora LILI NELSY ROMERO MÁRQUEZ y de sus hijos menores DIEGO ARMANDO CASTRO ROMERO y RONAL YESID CASTRO ROMERO como sus sucesores procesales, según auto de 31 de agosto de 2011 (fls. 346 a 348), a título de restablecimiento del derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" les pagará los salarios y prestaciones sociales de todo orden, incluyendo los aportes a la seguridad social, dejados de devengar por su causante señor YESID CASTRO RUBIANO desde la fecha del retiro, hasta el 31 de enero de 2002 fecha de su deceso.

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

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

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.

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 21 de junio de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por el señor YESID CASTRO RUBIANO.

En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución 3505 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 YESID CASTRO RUBIANO del cargo de Inspector Código 5170, grado 11, 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 pagarle a la señora LILI NELSY ROMERO MÁRQUEZ y a los menores DIEGO ARMANDO CASTRO ROMERO y RONAL YESID CASTRO ROMERO, cónyuge e hijos del señor YESID CASTRO RUBIANO, respectivamente, los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde la fecha del retiro, hasta el día 31 de enero de 2002 fecha de su fallecimiento. Valores que deben ser pagados y actualizados en la forma y términos señalados en la parte considerativa de la presente providencia.

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 de su fallecimiento.

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

Se reconoce personería a la Doctora LUZ CARIME MAYORGA CAMARGO como apoderado del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" en los términos del poder obrante a folio 361 del expediente.

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