

Proceso No 26.163

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobada acta número 236

San Gil, veintidós (22) de agosto de dos mil ocho (2008).

Realizada la diligencia de audiencia pública dentro de la causa seguida en contra de Néstor Iván Moreno Rojas, ex Alcalde de Bucaramanga y actual Senador de la República, quien fue acusado como autor del delito de fraude a resolución judicial, procede la Sala a emitir la sentencia correspondiente.

HECHOS

El 22 de octubre de 2003 el señor Cristian Barrera Cáceres instauró denuncia penal, entre otros, contra el entonces Alcalde Municipal de Bucaramanga Néstor Iván Moreno Rojas, por el presunto delito de fraude a resolución judicial que hizo consistir en el hecho según el cual, en sentencia del 14 de Junio de 2002, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bucaramanga, confirmada en segunda instancia mediante sentencia del 31 de octubre de 2002, pronunciada por la Sala Laboral del Tribunal Superior

de esa misma ciudad, se dispuso el pago de las indemnizaciones correspondientes y el reintegro del denunciante, el de Blanca Cecilia Prada García y Alicia Silva Murcia,

como servidores de la administración municipal, tras haber sido despedidos ilegalmente el 30 de marzo de 2001 por el entonces Presidente del Cabildo Municipal Rafael Antonio Cáceres.

Esa decisión fue parcialmente cumplida por Néstor Iván Moreno Rojas, toda vez que se limitó al pago de las indemnizaciones, pero se negó a cumplir con la orden de reintegro.

EL PROCESADO

El doctor Néstor Iván Moreno Rojas es natural de Miami, de 43 años de edad para la época de la diligencia de indagatoria, nació el 8 de febrero de 1961, es hijo de Samuel Moreno Díaz y María Eugenia Rojas de Moreno, casado, médico de profesión, actual Senador de la República y se identifica con la cédula de ciudadanía número 19.436.716 expedida en Bogotá.

ACTUACION PROCESAL

1. Con base en la denuncia la Fiscalía 24 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bucaramanga, mediante resolución del 30 de octubre del mismo año, dispuso la apertura de la instrucción en contra del imputado Néstor Iván Moreno Rojas como presunto autor del delito de fraude a resolución judicial. (fl. 43 cdo. 1)
2. El 4 de marzo de 2005 se clausuró la fase instructiva y el 6 de mayo del mismo año se precluyó la investigación a favor del procesado. (fls. 153 a 157 cuaderno. 1).
3. La resolución calificatoria fue apelada por el apoderado de la parte civil y el Ministerio Público y, en decisión del 10 de julio de 2006, la Fiscalía 4ª Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga la revocó y en su lugar profirió resolución de acusación en contra el inculpado Néstor Iván Moreno Rojas como presunto autor

responsable del delito de fraude a resolución judicial.

4. De la etapa del juicio correspondió conocer al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, despacho que mediante auto del 24 de julio de 2006 avocó el conocimiento del asunto.

5. Estando en curso la causa, se obtuvo certificación de la Secretaría General del Senado de la República, en el sentido de que el doctor Néstor Iván Moreno Rojas fue elegido Senador de la República por circunscripción nacional, para el período constitucional 2006-2010, cargo que asumió el 20 de julio de 2006. Por esa razón, el Juzgado de conocimiento, con auto del 7 de septiembre de 2006 y con arreglo a lo previsto en el numeral 7 del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, dispuso remitir las diligencias, por competencia, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

6. El 9 de octubre de 2006 la Sala avocó el conocimiento del proceso, en atención al fuero constitucional del procesado, y dispuso imprimir el trámite señalado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

7. El 27 de abril de 2007 se celebró la diligencia de audiencia preparatoria (fs., 204, cuaderno 1 Corte) y el 13 de junio de 2008 se llevó a cabo la sesión de audiencia pública (fl. 58, cuaderno 2 Corte).

ACTUACION PROBATORIA

1. En la etapa instructiva se recaudaron las siguientes pruebas:

1.1. Sentencia del 14 de junio de 2002 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bucaramanga dentro del proceso especial de reintegro instaurado contra el

Municipio de Bucaramanga, en la que se declara que el despido de Blanca Cecilia Prada García, Alicia Silva Murcia y Cristian Barrera Cáceres es ineficaz y, por tanto, se ordena a la entidad demandada reintegrar a los antes mencionados a los cargos de Auxiliar Administrativo Grado 8; Auxiliar de Servicios Generales Grado 7 y Secretario ejecutivo Grado 17, respectivamente, que venían desempeñando en el Concejo Municipal de Bucaramanga a marzo 30 de 2001, o a otros de igual o superior categoría y funciones similares o equivalentes, junto con el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de desvinculación.(fl. 13 cuaderno original).

1.2 Sentencia del 31 de octubre de 2002 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmatoria de la anteriormente reseñada. (fl. 15 cuaderno original).

1.3 Resolución No. 543 del 16 de diciembre de 2002 por medio de la cual, el entonces alcalde de Bucaramanga, Néstor Iván Moreno Rojas no accede al reintegro ordenado, pero reconoce y ordena el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir por los demandantes desde el momento de la supresión de los cargos. (fl. 39 cuaderno original).

1.4 Certificación del Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga y acta de posesión que da cuenta de la calidad de alcalde de esa ciudad que para entonces ostentaba Néstor Iván Moreno Rojas, con indicación puntual de sus funciones. (fl. 49 cuaderno original).

1.5 Informe suscrito por la Investigadora Judicial I adscrita al C.T.I. (fl. 55 cuaderno original), en el cual afirma que:

a) Para el 30 de marzo de 2001 los empleados cuyo reintegro se dispuso por orden judicial, se encontraban vinculados en carrera administrativa del Concejo Municipal de Bucaramanga, en los cargos ya referenciados y, las funciones que para entonces cumplían

aparecen en la Resolución No. 176 del 28 de diciembre de 1.998.

b) La reestructuración del Concejo Municipal y la supresión de algunos cargos, sobrevino luego de un estudio técnico elaborado por la Universidad Cooperativa de Colombia y la aprobación, en marzo de 2001, de unos acuerdos municipales destinados a fijar la estructura del Concejo, la planta de personal, las escalas salariales y la notificación de la supresión de los cargos.

c) El Acuerdo No 013 del 29 de marzo de 2001, en consonancia con la Ley 617 de 2003 de ajuste fiscal, estableció la estructura orgánica del Concejo Municipal de Bucaramanga, mientras que el Acuerdo 017 de marzo de 2001 fijó la planta global de personal.

d) El Presidente del Concejo Municipal de la época, Rafael Antonio Cáceres Martínez, fue quien comunicó a los demandantes la supresión de los cargos que ocupaban, conforme la nueva planta de personal establecida en el Acuerdo 017 de marzo de 2001, que fijó en 16 el número de cargos, con señalamiento de su denominación y código.

e) Mediante el Decreto 0174 del 5 de octubre de 2001 el Alcalde Iván Moreno Rojas estableció la nueva planta de personal del nivel central del Municipio de Bucaramanga, conservando los cargos de Secretario Ejecutivo del Despacho, Código 535, Grado 06; Auxiliar Administrativo, Código 550, Grado 05 y Auxiliar de Servicios Generales, Código 605, Grado 4. En algunos casos se conservó el cargo con el mismo grado, y en otros, el cargo pero con distinto grado.

f) Como el Concejo Municipal no tiene personería jurídica, corresponde al Municipio de Bucaramanga asumir los fallos proferidos por los jueces laborales.

g) La alcaldía no ha accedido al reintegro de los demandantes, en los cargos que venían desempeñando, o a otro igual o superior categoría, porque considera que en la planta

de personal de la Administración Central Municipal y el Concejo Municipal no existen empleos de categoría igual o superior, con funciones equivalentes o similares, razón por la cual únicamente reconoció y ordenó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir por los demandantes, hasta la notificación de la Resolución 0543, realizada en 16 de diciembre de 2002.

1.6 Resolución No. 055 del 29 de febrero de 2000, expedida por el Gerente del Proceso de Reestructuración de la Administración Central del Municipio de Bucaramanga, por medio de la cual se resuelve suprimir en su totalidad los cargos, con los respectivos códigos y grados, de los empleos relacionados en el Decreto 218 del 30 de diciembre de 1998 y sus complementarios, por el cual se ajusta la Planta de Personal, los Manuales de Funciones y requisitos de la Administración Central del Municipio de Bucaramanga. (fl. 58 cuaderno original).

1.7 Acuerdo No. 018 del 29 de marzo de 2001, por medio del cual el Concejo Municipal de Bucaramanga fija las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos de esa corporación. (fl. 61 cuaderno original).

1.8 Decreto 0020 del 29 de febrero de 2000, por medio del cual la Alcaldesa (E) de Bucaramanga fija la planta de personal adscrita al Despacho del Alcalde y señala que los cargos y empleos no incluidos en ella, se entienden suprimidos a partir del 1 de marzo de 2000. (fl. 63 cuaderno original).

1.9 Resolución N. 34 del 2 de abril de 2001, publicada en la Gaceta del Concejo Municipal de Bucaramanga, por medio de la cual el Concejo de esa ciudad adopta el Manual Específico de Funciones y Requisitos de los diferentes empleos de la Planta de Personal de esa corporación. (fl. 100 cuaderno original).

1.10 Cristian Barrera Cáceres amplió los términos de su denuncia para enfatizar que con la reestructuración de la planta de personal, las funciones del Secretario Ejecutivo,

Código 52504, Grado 4, corresponden en esencia, salvo la señalada en el numeral 6, a las que él cumplía como Grado 17, sólo que antes esas funciones se reducían a 9 y ahora se ampliaron a 14. Estima que la reestructuración fue una farsa pues no se efectuó ninguna evaluación ni calificación de servicios y en últimas quedó sin empleo porque no contaba con apoyo político. (fl. 117 cuaderno original).

1.11 Alicia Silva Murcia declara que su vinculación al concejo la consiguió con el apoyo del concejal Iván Moreno y, tras su despido como Auxiliar de Servicios Grado 7, sustentado en una resolución emitida por el Presidente del Concejo, Rafael Cáceres, dos empleadas llegaron a cumplir las funciones de su cargo. (fl. 120 cuaderno original).

1.12 Luz Amparo Landinez Ramírez dijo que después de la reestructuración de la planta de personal pasó a ocupar el cargo de Secretaria Ejecutiva cuya diferencia funcional más destacada, en relación con el cargo anterior de Secretaria de Comisión, es que ahora el desempeño es rotativo o global, en las diferentes dependencias del concejo municipal. Con ocasión de la reestructuración, de los 37 funcionarios que conformaban la planta de personal, sólo quedaron 16. (fl. 123 c.o.).

1.13 El Contralor Municipal de Bucaramanga hizo saber que por los hechos materia del proceso, en esa entidad no se adelanta ninguna investigación, excepto una por el presunto daño fiscal generado con ocasión del pago que debió efectuar el municipio por concepto de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales de los trabajadores despedidos con desconocimiento del fuero sindical. (fl.128).

1.14. Diligencia de indagatoria de Néstor Iván Moreno Rojas en la cual indica que en su oportunidad cumplió con lo dispuesto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga, emitiendo al efecto la Resolución 543 de 2002, con al que se reconoció y ordenó el pago a los demandantes del valor de los salarios dejados de percibir a causa de su desvinculación ilegal.

En esa misma resolución y con base en los conceptos emitidos por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, según los cuales la administración debe proveer un acto administrativo que contenga las razones para no hacer un reintegro, en orden a satisfacer de ese modo el derecho particular del demandante, se consideraron las certificaciones expedidas por la Secretaría Administrativa de Bucaramanga con las que se prueba que no existen cargos de categoría igual o superior en funciones equivalentes o similares a las que venía cumpliendo el demandante, en los términos del artículo 1º del Decreto 1173 de 1999. En ese mismo sentido, se tuvo en cuenta la certificación expedida por la Presidencia del Concejo Municipal de Bucaramanga que confirma la inexistencia de un cargo vacante disponible y funcionalmente equivalente al que ocupaban los demandantes.

En el comentado acto administrativo se cita la sentencia 10.157 del 2 de diciembre de 1997 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se considera que no puede obligarse por acto o declaración de voluntad a cumplir lo imposible, sin perjuicio de que la satisfacción de la obligación debida se resuelva por medio de una indemnización de perjuicios.

Advierte el inculpado que el proceso de reestructuración de la administración en el concejo, la personería y la contraloría se produjo en cumplimiento de la Ley 617, conocida como Ley de Ajuste Fiscal, destinada a disminuir los gastos de funcionamiento de modo que, aprobado el presupuesto, resultaba imposible incrementarlos, en contravía de lo dispuesto por la citada ley, de suerte que se tornaba imposible el reintegro de los demandantes. Esa reestructuración se produjo con base en estudio llevado a cabo por la Universidad Cooperativa de Colombia en el que se precisaron los cargos que resultaba indispensable suprimir.

Apunta el indagado que es profano en materias jurídicas y la mencionada resolución, fue redactada, elaborada y sustentada con la comentada jurisprudencia, por la oficina

jurídica, con el visto bueno de César Augusto Romero, jefe de esa dependencia. (fl. 128 c.o.)

2. Pruebas acopiadas en el juicio

2.1 Jacqueline Suárez López, aunque no aparece como denunciante en este proceso, sostiene que formó parte del personal despedido y para entonces ocupaba el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 8. Que tras obtener fallo laboral favorable, se dispuso judicialmente su reintegro, lo que nunca se produjo porque el Alcalde Moreno Rojas pretextó la inexistencia de cargos iguales, superiores o equivalentes, cuando la realidad era distinta, pues se contaba con 123 cargos provisionales, entre los que se contaban varios compatibles con el que ella había ocupado.

Destaca que, para la época, Hernando Otero Acevedo y Gloria Sella Barrios, también despedidos, por vía de tutela obtuvieron que se les reintegra, lo que prueba que sí existieron las condiciones para que en los demás casos la administración municipal cumpliera las órdenes judiciales, así fuera con la creación de los cargos, como lo tiene establecido un concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil y una sentencia de la Corte Constitucional.

Aclara que, tras la negativa de la administración para disponer su reintegro, las tareas que desempeñaba fueron asignadas a otras personas, por contrato.

En esa misma dirección, Alberto Carreño Romero, Wilson Ramírez González y Jaime Durán Silva refieren que tras la orden judicial de reintegro el alcalde se negó a cumplirla alegando la inexistencia de cargos superiores o equivalentes cuando para entonces por lo menos se contaba con 129 cargos en provisionalidad, entre ellos varios con funciones equivalentes y, adicionalmente, la administración contrató los servicios de otras personas para que cumplieran las mismas funciones de los despedidos.¹

2.2 Fabiola Aponte Carvajal asegura que dentro de los procesos laborales promovidos por los servidores despedidos irregularmente, actuó como abogada sustituta de los demandantes y, desde esa condición, hace un recuento pormenorizado de las actuaciones que culminaron con las órdenes de reintegro, decisiones que formalmente se transmitieron a la Alcaldía sin que esa entidad procediera a su cumplimiento, pretextando la inexistencia de los cargos, circunstancia esta última que ella personalmente no pudo constatar, pues ignoró si en verdad se contaba o no con vacantes disponibles. Advierte que ante la negativa del reintegro, se intentaron acciones ejecutivas por obligación de hacer, pero las demandas fueron desestimadas por considerarse que lo pertinente en el caso era acudir a la acción de tutela, lo que efectivamente se hizo.

2.6 César Augusto Romero Molina, a la sazón Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Bucaramanga explica que en el marco de sus facultades y autonomía el Concejo ordenó el proceso de reestructuración de la planta de personal y fue así como se produjo el despido de varios funcionarios que a su turno emprendieron acciones judiciales en desarrollo de las cuales obtuvieron que se ordena judicialmente su reintegro.

Como Jefe de la Oficina Jurídica se ocupó del proyecto de acto administrativo por el que no se accedió al reintegro, con fundamento en que:

- i) De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado el reintegro debe hacerse en la misma entidad donde el funcionario venía prestando sus servicios.
- ii) En la planta global de personal de la administración central no había cargos equivalentes, según lo certificó por escrito la Jefe de la Oficina de Talento Humano. Además, por ser empleados de carrera el cargo tendría que ser equivalente, pues por ese medio no es posible obtener un ascenso y, de otro lado, con arreglo a los artículos 123 y siguientes de la Carta, los cargos o empleos públicos deben aparecer previamente creados, con soporte de la correspondiente partida presupuestal, de manera que estaba

vedado al alcalde crear cargos o disponer adiciones al presupuesto.

iii) Según lo tiene sentado el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la supresión de la entidad o del cargo tornan imposible cualquier orden de reintegro, sin perjuicio del mecanismo compensatorio de la indemnización, de donde resulta que la obligación original de hacer se trueca por una de dar, esto es, indemnizar.

iv) Las normas de austeridad del gasto público y las referidas la disponibilidad presupuestal, prohíben la creación de cargos y las adiciones para tales fines.²

2.3 Vicente Rodríguez Ferreira, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga y tesorero, admite que a instancias del doctor Romero, Jefe de Jurídica y, previa consulta a la Jefe de la Oficina de Talento Humano, expidió libremente nota en la que certificó que no existían vacantes para cargos equivalentes o superiores que posibilitaran el reintegro de los denunciados. Por tratarse de empleados de carrera, no era posible reintegrarlos en cargos en provisionalidad y, por cuanto la planta de personal era globalizada, reducida y además, la reestructuración buscaba disminuir el número de cargos, no se podía crear ningún otro ni hacer adiciones presupuestales. Lo que si acató puntualmente como tesorero fue la orden de pagar las sumas adeudadas en favor de los servidores despedidos.³

AUDIENCIA PÚBLICA

Intervención del Ministerio Público

En concepto del Fiscal Delegado, el inculcado, en su condición de alcalde de Bucaramanga, no se sustrajo dolosamente al cumplimiento de la orden judicial que dispuso el reintegro de los servidores despedidos.

Advierte que el delito de fraude a resolución judicial es de sujeto activo indeterminado y, para el caso, no se discute la existencia de una obligación impuesta y su incumplimiento por quien estaba obligado a acatarla, pero resulta indispensable establecer si esa sustracción se hizo en forma dolosa, como es propio del tipo penal que recoge la conducta.

Destaca que para proceder como lo hizo, el entonces Alcalde de Bucaramanga, se asesoró debidamente de la oficina jurídica del municipio e hizo un análisis previo hasta emitir finalmente la Resolución 543 de 2002 con la que dispuso el pago de los salarios y prestaciones debidas y no accedió al reintegro con apoyo en la certificación de la Secretaria Administrativa de la Alcaldía, según la cual no existían cargos de categoría igual o superior o con funciones equivalentes o similares en los términos del Decreto 1173 de 1999. El contenido de esa certificación fue avalado con las declaraciones, recibidas en la etapa del juicio, de César Augusto Romero Molina, Jefe de la Oficina Jurídica, y Vicente Rodríguez, Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga.

Romero Molina, de reconocida formación académica, destacó que resultaba jurídica y físicamente imposible dar cumplimiento a la orden judicial de reintegro, porque con ocasión de reestructuración administrativa no existían cargos equivalentes o similares, lo que descarta el actuar caprichoso, arbitrario o desviado del inculpado Moreno Rojas.

Contrario a las conclusiones a las que arriba la investigadora judicial sobre el tema de la equivalencia o similitud de los cargos, el entonces Jefe de la Oficina Jurídica explicó adecuadamente que ello no es cierto porque la nomenclatura era diferente, distintas las remuneraciones salariales y, aunque algunas funciones eran comunes, los cargos, a partir de la reestructuración resultaban diferentes y además, los iniciales eran del Concejo mientras los segundos pertenecían a la administración municipal global y, de otro lado, no se contaba con presupuesto para crear cargos o adicionar otros.

Como segundo sustento de la comentada resolución, el acusado tuvo también en cuenta la certificación de la Presidencia del Concejo Municipal en la que claramente se anunciada la inexistencia de cargos equivalentes o vacantes disponibles con funciones similares, debido justamente a la reestructuración implementada.

Un tercer argumento que tuvo en cuenta el doctor Moreno Rojas fue el numeral 7 del artículo 315 de la Carta Política relacionado con la facultad de los alcaldes para crear, suprimir o fusionar empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar los aumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. Destaca que el despido no se redujo a las tres personas mencionadas sino que se extendió a cerca de una veintena, todo debido al proceso de reestructuración de la planta de personal y en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, destinada a sanear la finanzas de los municipios.

La cuarta premisa que tuvo en cuenta el procesado tiene que ver con la Sentencia del Consejo de Estado del 12 de octubre de 2000 en la que se conmina a la administración para que en casos como el examinado, se profiera el acto administrativo que contenga las razones para no hacer el reintegro y ordenar el pago de salarios y prestaciones dejados de pagar desde el momento de la supresión del cargo hasta la notificación del acto administrativo, antecedente que se integra con la Sentencia del 2 de diciembre del 1997 proferida por la Sala de Casación Laboral según la cual "...el cierre total del lugar donde prestaban el servicio los demandantes hace imposible su reintegro, cuando el hecho debido se torna imposible, la obligación original de dar, hacer o no hacer se resuelve en una indemnización de perjuicios, de modo que lo que jurídicamente procede es la demanda judicial de los perjuicios".

Esa cita que en la resolución de acusación se rechaza por no tratarse del cierre del establecimiento, bien puede resultar aplicable cuando se trata del cierre de una sección o cuando los cargos desaparecen, pues en últimas nadie está obligado a realizar lo

imposible de modo que, la Resolución 543 del 16 de diciembre de 2002 se aprecia convenientemente soportada.

No resulta entonces posible predicar el dolo en la conducta atribuida, pues las pruebas demuestran que el inculpado actuó razonadamente y, como lo tiene dicho la Sala Penal, no es suficiente con conocer la existencia de la obligación impuesta en decisión judicial y aún dejarla de cumplir, pues surge como necesario que la omisión sea exclusivamente dolosa, es decir, fraudulenta, con la voluntad conciente y decidida de no querer cumplir la orden judicial a pesar de estar en condiciones de obedecerla. La conducta atribuida no puede entonces ser objeto de reproche penal por ser atípica, por atipicidad subjetiva y, por tanto, debe absolverse de los cargos imputados.

Intervención del defensor.

Reclama sentencia absolutoria sobre la consideración de aparecer atípica la conducta imputada.

Para comenzar, destaca las razones que condujeron a la supresión de los cargos, hecho generador del proceso y, advierte que los despidos no fueron ordenados por el inculpado, porque los empleados eran del Concejo y no de la Alcaldía y, de otra parte, la pérdida de los empleos tuvo su origen en el cumplimiento de una disposición legal, en concreto, la Ley 617 de 2000 o de ajuste fiscal.

Para la defensa, la conducta deviene atípica porque:

1. El inculpado se encontraba en imposibilidad de realizar la acción ordenada y, como debe asumirse, la tipicidad objetiva en el comportamiento de la especie se concreta en la “no realización del mandato”, elemento que parece discutible que se hubiera presentado en el asunto bajo estudio, pues doctrina y jurisprudencia coinciden en que, en situaciones insuperables, la orden judicial puede cumplirse con el sucedáneo de la

indemnización, como aconteció en presente asunto. Para que en un delito de omisión propia o impropia, se configure el tipo objetivo, es menester considerar la posibilidad de realizar la acción, pues a lo imposible nadie está obligado, y en el caso sometido a estudio el procesado Néstor Iván Moreno Rojas no se encontraba en posibilidad de realizar la acción ordenada, según se expresó en la Resolución No. 543 del 16 de diciembre de 2002, sustentada en las certificaciones expedidas por la Secretaría Administrativa de la Alcaldía de Bucaramanga y la Presidencia del Concejo Municipal de esa misma ciudad.

Con la reestructuración de la planta de personal, de los 5 cargos de Secretario Ejecutivo que antes existían, únicamente se conservó una Secretaría Ejecutiva, código 525 y grado 04, cuya designación recayó en Luz Amparo Landinez Ramírez, funcionaria de carrera, resultado de otro lado que, con la reestructuración, las funciones específicas fueron aumentadas, de donde se sigue que no podía predicarse la equivalencia o similitud que se pretende señalar. Igual sucede con los cargos de Auxiliar Administrativo grado 8 y Auxiliar de Servicios Generales grado 7.

El informe rendido por la investigadora del C.T.I. carece de seriedad en cuanto señala, sin ningún fundamento, que en ambas reestructuraciones, las de los alcaldes Cote Peña y Moreno Rojas, se conservaron algunos cargos con el mismo grado y en otros el cargo pero con distinto grado, en tanto en la ampliación de su informe, se limita a relacionar conjuntamente los existentes en las plantas de la Administración Central del Municipio y los del Concejo Municipal, olvidando que se trata de dos entidades independientes, con procesos de reestructuración autónomos y que el cargo de Secretario Ejecutivo que la investigadora afirma que se conserva con el mismo código y grado 06, corresponde al de Secretario Ejecutivo del despacho del Alcalde, mientras que los cargos de Auxiliar Administrativo corresponden a la planta global de la administración Central del Municipio de Bucaramanga. Además, en el señalado informe la investigadora excede sus funciones cuando afirma que sus percepciones dejan sin ningún fundamento la

Resolución 543 del 16 de diciembre de 2002, juicio que está reservado al Juez.

Conforme lo señala Augusto Romero Molina, a la sazón Jefe de la Oficina Jurídica, para el cumplimiento de los fallos se tuvo en cuenta la sentencia de 1984 del Consejo de Estado según la cual el reintegro debe hacerse en la entidad donde el funcionario venía prestando el servicio, al lado de la inexistencia de cargos equivalentes en la planta global de la administración central y la imposibilidad jurídica de crear nuevas plazas.

De precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en materia de supresión de cargos por reestructuración, cuyos pasajes transcribe textualmente, deduce el defensor que la conducta del procesado no fue fruto de su capricho sino expresión de la correcta y cabal interpretación de los pronunciamientos de las altas cortes, sin menoscabo a los derechos de los trabajadores, a quienes indemnizó legalmente. La creación de cargos para dar cumplimiento a los fallos laborales hubiera hecho incurrir al doctor Moreno Rojas en eventuales faltas disciplinarias o la comisión de conductas delictivas, al paso que desconocería los alcances de los fallos que en esa dirección han proferido la Sala Laboral de la Corte y la Corte Constitucional y la noción conceptual de tipicidad conglobante a partir de la cual no resulta sensato condenar por una conducta que por una parte se prohíbe y, por otra, se permite.

La conducta también deviene atípica porque en su ejecución referida al verbo “sustraerse” no se utilizó ningún medio fraudulento, esto es, el empleo de ardides o maniobras engañosas, que configura elemento normativo del tipo, como lo tiene sentado la Corte y lo pregonan la doctrina. Si algún fraude puede predicarse, es el fraude a la ley laboral en que incurrieron los trabajadores despedidos, en cuanto se sindicalizaron e hicieron directivos del sindicato “ASDECON” el mismo día en que fue promulgado el Acuerdo 017 por el cual se suprimieron los cargos de la Planta de Personal del Concejo Municipal de Bucaramanga. Como en su momento lo destacó el fallo de la Procuraduría

General de la Nación que dispuso el archivo definitivo de la acción disciplinaria promovida contra el doctor Néstor Iván Moreno Rojas.

Una tercera razón jurídica que en sentir del defensor afianza el carácter atípico de la conducta, consiste en la ausencia de imputación objetiva en virtud del principio de confianza, pues conforme la noción de conducta punible que recoge el artículo 9º del Código Penal vigente, se acepta que además de la causalidad, para la imputación es necesario que el autor origine un riesgo jurídicamente desaprobado. En ese contexto de imputación jurídica de la conducta y los criterios que permiten fijar los límites de atribución del riesgo jurídicamente desaprobado, aborda el defensor el estudio del principio de confianza para señalar que la conducta imputada es atípica por aparecer que la Resolución 543 de 2002 suscrita por el implicado, estuvo soportada en las certificaciones expedidas por las oficinas especializadas de la administración municipal de Bucaramanga, en las que se daba cuenta de la inexistencia de cargos similares o equivalentes a los que venían desempeñando los trabajadores despedidos, esto es, el procesado se orientó por las certificaciones de funcionarios que por razón de su oficio tenían que saber si esos cargos existían o no, resolución que además fue proyectada y estudiada por la Oficina Jurídica de la Alcaldía sin más consultas que el orden jurídico, como lo ratificó el Jefe de esa oficina, César Augusto Romero Molina.

Como la Resolución 543 de diciembre de 2002 se produjo en el marco de una compleja división de trabajo la conducta del inculpado debe quedar amparada por el principio de confianza y, por tanto, el resultado no se le puede imputar objetivamente, esto es, la sustracción al cumplimiento de la obligación impuesta en la decisión laboral de reintegrar a los empleados aforados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con arreglo a lo dispuesto por los artículos 235-3 de la Carta y 75-7 de la Ley 600

de 2000, la Sala es competente para conocer del presente asunto, toda vez que los hechos denunciados se refieren a posible conducta punible que el Senador Néstor Iván Moreno Rojas pudo cometer al negarse a disponer el reintegro de Cristian Barrera Cáceres, Blanca Cecilia Prada García y Alicia Silva Murcia, ordenado mediante fallos judiciales en firme.

El delito de fraude a resolución judicial cuya comisión se imputa al ex - alcalde de Bucaramanga doctor Néstor Iván Moreno Rojas se define en el artículo 454 de la Ley 599 de 2000 como aquella conducta lesiva del bien jurídico tutelado de la eficaz y recta impartición de justicia, en que incurre quien por cualquier medio fraudulento se sustrae al cumplimiento de una obligación impuesta en resolución judicial.

El precepto penal en comento busca la tutela del bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia, garantizando el cumplimiento de las decisiones judiciales, bajo los apremios de la sanción penal para quienes fraudulenta y maliciosamente deciden esquivar los perentorios mandatos de las autoridades judiciales.

Aunque el precepto no dice expresamente que los medios que sirven para sustraerse al cumplimiento de la resolución judicial deben ser fraudulentos, esa naturaleza se deduce del epígrafe de la norma que debe entenderse incorporado a su texto de modo que, la conducta, para que alcance su categoría de punible, debe envolver el engaño, el ardid, la astucia o la maquinación dolosa enderezada a eludir el cumplimiento de la orden judicial contenida en el auto interlocutorio o la sentencia debidamente ejecutoriada.

Desde su arista fáctica, la conducta atribuida al procesado reside en el hecho de no haber acatado la orden judicial de reintegro de tres servidores del Concejo Municipal de Bucaramanga que, en criterio de los jueces laborales, fueron irregularmente despedidos con desconocimiento del fuero sindical que los amparaba.

En el caso examinado, ninguna duda suscita la existencia de la orden judicial contenida en los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bucaramanga y la Sala Laboral del Tribunal Superior de esa misma ciudad, a fuerza de los cuales se imponía al entonces Alcalde Municipal de Bucaramanga, acatarla y obedecerla, en concreto, disponiendo el reintegro de los trabajadores despedidos y el pago de los salarios y demás prestaciones adeudadas desde el día del injustificado despido.

Aparece demostrado que el cumplimiento de la decisión judicial fue parcial, pues el ex - alcalde Néstor Iván Moreno Rojas dispuso el pago de los salarios y demás prestaciones a favor de los trabajadores, pero no accedió a reintegrarlos a los mismos o similares cargos a los que ocupaban, pretextando la inexistencia de ellos a causa de la reestructuración de la planta de personal que se produjo en el nivel central de la Alcaldía Municipal y en el Concejo Municipal de la ciudad.

Podría entonces anticiparse que la resolución judicial fue desatendida, burlada, porque sus efectos cabales no se produjeron por obra del destinatario obligado a cumplirla, en concreto alrededor del reintegro de los trabajadores despedidos irregularmente.

Empero, como ya hubo de anunciarse, la ofensa o lesión al bien jurídico que el precepto aspira a proteger, no se consolida y agota con la simple verificación objetiva del incumplimiento de la orden judicial, pues, por definición, para que ello suceda, el medio o los medios de que se vale el obligado deben ser fraudulentos, esto es, en ellos debe estar presente el engaño como elemento psicológico caracterizador de la pretensión mezquina del autor de la conducta, encaminada a neutralizar o impedir que los efectos buscados con la resolución judicial se cumplan o materialicen.

De otro lado, el compromiso u obligación que se elude fraudulentamente, debe residir en una acción u omisión material y objetivamente posible, pues si se trata de la exigencia

de comportamientos visiblemente imposibles de realizar o cumplir, por ausencia, verbigracia, del sustrato material sobre el que descansan o desaparición de las condiciones mínimas de existencia que posibiliten el acatamiento de la orden, es claro que el reproche se difumina porque resulta obvio que a nadie puede exigirse lo imposible.

Sobre esas consideraciones básicas y preliminares, encuentra la Sala que la conducta atribuida al ex -alcalde de Bucaramanga, Néstor Iván Moreno Rojas, bajo la especie de fraude a resolución judicial, no alcanza las notas de tipicidad, indispensables para avanzar hacia un juicio positivo de reproche. Las razones son las siguientes:

- a) Aunque la resolución judicial incumplida comprometía y obligaba al inculpado a disponer el reintegro de los trabajadores despedidos, no se puede soslayar que los cargos eran en el Concejo Municipal y no del nivel central de la Alcaldía bajo la dirección del burgomaestre, lo que de suyo entrañaba insalvable dificultad para disponer de la planta de personal del cabildo que, en esa materia, gozaba de autonomía.
- b) Para el momento de la orden judicial de reintegro de los trabajadores despedidos, en el nivel central de la Alcaldía y en el Concejo Municipal de Bucaramanga habían operado sendos planes de reestructuración de las plantas de personal que básicamente se inspiración en la necesidad de reducir sustancialmente los costos de funcionamiento y, consecuentemente, el número de cargos existentes, de suerte que de treinta y dos únicamente se conservaron dieciséis.
- c) Esas reestructuraciones de las plantas de personal no fueron producto del capricho advenedizo y voluntarioso del alcalde ni del Concejo Municipal, sino expresión del cumplimiento de la Ley 617 de 2000, conocida como Ley de Ajuste Fiscal que con carácter general e imperativo dispuso que debía procederse en esa dirección.
- d) Con ocasión de las reestructuraciones de las plantas de personal, los cargos no solo se redujeron numéricamente sino que el catálogo de las funciones de los que en lo sucesivo

se establecieron, no propiamente era idéntico a los eliminados como para tenerlo siquiera como similares, bastando al efecto señalar que la nueva planta adquirió el carácter de planta globalizada, cuya consecuencia inmediata posibilitaba que el personal de empleados pudiera rotar en las distintas dependencias del Concejo Municipal, con lo que el espectro de las funciones se modificó de manera ostensible.

e) De ahí que no resulte rigurosamente válida ni seriamente sustentada la conclusión a la que arriba la investigadora Criminalística del C.T.I. para sugerir que tras la reestructuración se conservaron cargos equivalentes a los que desempeñaban los trabajadores despedidos y que por tanto la resolución para entonces emitida y suscrita por el alcalde implicado carece de razón y fundamento.

f) Ahora bien, es útil destacar que la Resolución No. 543 del 16 de diciembre de 2002 no fue caprichosamente motivada y sustentada por el ex - alcalde implicado, pues estuvo antecedida del informe emitido por la Presidencia del Concejo Municipal de Bucaramanga y los conceptos autorizados de los asesores jurídicos de la alcaldía, tal y como lo prueban las declaraciones de César Augusto Romero Molina y Vicente Rodríguez Ferreira, en su orden, Jefe de la Oficina Jurídica y Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga, quienes coinciden con las explicaciones ofrecidas por el procesado que, dicho sea de paso, es profano en materias jurídicas, así esta última circunstancia no siempre y de manera fatal sirva de excusa para legitimar toda conducta oficial.

g) Debe advertirse que la sola invocación de algunos fragmentos jurisprudenciales insertados en la parte motiva de la Resolución No. 543, no puede erigirse en indicio de la intencionalidad dañina del procesado, como con evidente ligereza se festinó en la resolución acusatoria. En últimas, ese referente tiene que ver con la imposibilidad de cumplir órdenes judiciales de reintegro de trabajadores, a causa del cierre o liquidación de una empresa o entidad, evento que el asesor jurídico de entonces entendió equivalente

a la situación que se presenta como consecuencia de la eliminación de cargos que suele aparejar una reestructuración de la planta de personal en entidades del Estado, exégesis que además no resulta groseramente equivocada porque en últimas, tanto vale el cierre del establecimiento como la eliminación jurídica y material del cargo, como que en uno y otro caso surge la imposibilidad insuperable de cumplir con el mandato judicial de reintegro, debiéndose acudir a la solución sucedánea de la indemnización.

g) El cumplimiento parcial de la orden judicial impartida, prueba de algún modo que el procesado no procedió con ánimo fraudulento y malicioso dirigido a frustrar la efectividad de una orden judicial.

En este orden de ideas, por cuanto aparece suficiente y razonablemente probado que la conducta desplegada por el procesado Néstor Iván Moreno Rojas, en relación concreta con la orden judicial de reintegro que debía cumplir, aparece despojada de maliciosa astucia o pretensión proterva de engañar con ánimo fraudulento, fuerza colegir el carácter atípico de la conducta toda vez que, el elemento fundamentador del desvalor de la conducta reside, no en el simple incumplimiento de la orden judicial, sino en la pretensión ladina de burlar los dictados de las autoridades judiciales, con la intención paralela de socavar el bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia que, como en el asunto examinado, no se exhibe ofendido ni menoscabado, por ausencia de maniobras fraudulentas y la imposibilidad física y jurídica de colmar los anhelos de la orden judicial impartida.

Esas consideraciones resultan a juicio de la Sala suficientes para emitir en favor del inculpado fallo absolutorio y disponer que, alcanzada su ejecutoria, se archive el expediente.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. ABSOLVER al procesado Néstor Iván Moreno Rojas de los cargos que por el delito de fraude a resolución judicial se le formularon en el presente proceso, conforme las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

Segundo. ORDENAR que, en firme esta providencia, se archive el expediente.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

Excusa justificada

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
ORTIZ

JAVIER ZAPATA

Comisión de servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Medio magnético CD anexo.

2 Medio magnético CD anexo

3 Medio magnético CD anexo