



Oficio PSDCP – CON – N.º 25
Bogotá 20 de mayo de 2021

**HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M.P. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
E. S. D.**

**RADICADO: 55.734
PROCESO: LEY 906 DE 2004
PROCESADO: WILLIAM ROBERTO HERRERA HERNÁNDEZ**

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en mi condición de Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, expongo mi criterio en defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías de los intervinientes, dentro del trámite correspondiente a la demanda de casación interpuesta por la defensa de WILLIAM ROBERTO HERRERA HERNÁNDEZ en contra del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que confirmó la decisión del Juzgado 38 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual este último condenó al mencionado por la autoría del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales.

HECHOS

Fueron resumidos así en el fallo del tribunal:

“Ediles de San Cristóbal denunciaron ante la Contraloría mediante oficios de fecha 5 y 10 de marzo de 2009, algunas irregularidades en la contratación de la localidad cuarta de esa misma zona.

Los contratos fueron los siguientes: No. 219 celebrado con la Corporación Social Colombiana ONG; 065 Fundación Luz y Vida; No. 231 Comercializadora VINARTA LTDA; No. 250 Procesadora de Alimentos el Gordo; Contrato de Asociación Fundación Universitaria INPAHU; convenio



de asociación con la Corporación Social Colombia ONG; contrato de prestación de servicios número 047-2008 y el número 216 de compraventa con publicidad AMY LUZ MODA.

Otro de los contratos cuestionados fue el convenio interadministrativo No. 271 de 2008, suscrito entre la Alcaldía Local de San Cristóbal y el municipio de Fómeque. El equipo comisionado por la Contraloría para adelantar la investigación fiscal encontró las siguientes irregularidades con relevancia para el derecho penal:

Una lista escrita a mano, en donde se relacionan 16 contratos con sus correspondientes valores en millones y los nombres de las personas a las que se les debía adjudicar.

Entrevista realizada a la Dra. Leydy Lucia Largo Alvarado, quien para la época de los hechos trabajaba en la Alcaldía de San Cristóbal y apoyaba al procesado en temas contractuales.

Manifestó que el señor Herrera Hernández escribió una lista con su puño y letra, las personas con las que se suscribiría contratos; que ella hizo recomendaciones al ordenador del gasto de dicha localidad para que se realizara una contratación objetiva y con transparencia, pero no fue escuchada.

Informe del investigador de campo FPJ en donde el señor alcalde local William Roberto Herrera Hernández, reconoció haber suscrito 16 minutos de contrato.

Con base en lo anterior, la Fiscalía General de la Nación encontró que buena parte de los contratos atrás referidos elaborados de puño y letra del prenombrado alcalde local, fueron ejecutados y pagados, situación irregular que contraviene los principios de la contratación estatal, en especial los de transparencia y selección objetiva, ya que los mismos se celebraron sin el



lleno de los requisitos exigidos en la ley 80 de 1993 y en algunos casos estos contratos eran celebrados con empresas en donde trabajaban sus familiares.

Por estos hechos, la Fiscalía General de la Nación lo acusó por el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, en concurso heterogéneo con interés indebido en la celebración de contratos y peculado por aplicación oficial diferente, en concurso homogéneo y sucesivo”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado 17 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el 2 de agosto de 2012 la fiscalía imputó a WILLIAM ROBERTO HERRERA HERNÁNDEZ el delito de interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo así como peculado por apropiación, todos ellos en concurso heterogéneo.

El Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá asumió el conocimiento; evacuó la audiencia de formulación de acusación; la audiencia preparatoria; adelantó el juicio oral, y el 9 de marzo de 2018, profiere sentencia en la que condenó al procesado por la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá al desatar el recurso vertical elevado en su contra, el que es objeto de demanda de casación que ocupa la atención de esta agencia ministerial.

LA DEMANDA

El procesado WILLIAM ROBERTO HERRERA HERNÁNDEZ, a través de apoderado, presentó demanda de casación, reclamando que la decisión del Tribunal afecta el principio de congruencia; que para corregir el dislate debe anularse la actuación; subsidiariamente, critica la actividad probatoria por haberse incurrido, en su criterio, en errores de hecho por falso juicio de



existencia por omisión y de suposición, así como por falsos juicios de identidad y de raciocinio. Que si se hubieran valorado las pruebas de conformidad con los criterios previstos para ello, el resultado sería la absolución.

CRITERIO DE LA DELEGADA

Teniendo en cuenta que la inconformidad estriba en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al proferir la sentencia de segunda instancia habría vulnerado el principio de congruencia, además de desconocer los principios y criterios establecidos para la valoración probatoria que derivaron en errores de hecho por falsos juicios de existencia, de identidad y de raciocinio, para abordar los problemas jurídicos planteados, primero se analizará el reproche acerca de la nulidad y luego los que censuran la valoración probatoria, como a continuación se expone:

1. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Según el demandante, la decisión de segunda instancia violentó el principio de congruencia, agregó hechos que no fueron incluidos en la acusación, cuando dijo que el convenio corresponde a un contrato de suministro que debió tramitarse mediante la modalidad de licitación pública, actuación con la que afectó el debido proceso.

Acerca del principio de congruencia, se tiene que el artículo 448 de la ley 906 de 2004 prevé que *“el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*.

En relación con el acto complejo de la acusación, se tiene que el fiscal debe describir los hechos jurídicamente relevantes, son los fundamentos de la investigación y sobre los cuales el imputado materializa la defensa, la



calificación jurídica se torna en provisional, por cuanto depende de la actividad probatoria que enriquece a la premisa jurídica, así lo dijo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 51.007 de 2019¹, de donde se extrae:

“La diferencia entre la premisa fáctica y la premisa jurídica debe reiterarse que la premisa fáctica de la imputación abarca todos los hechos, bien los atinentes al tipo básico, ora los que corresponden a las circunstancias genéricas y específicas de mayor o menor punibilidad y, en general, a los demás elementos estructurales de la conducta punible”.

Como la inconformidad radica en que el Tribunal, al edificar la sentencia, introdujo hechos que el procesado no tuvo oportunidad de controvertir, al decir que el convenio corresponde a un contrato de suministro que debió tramitarse bajo la modalidad de licitación pública, es del criterio de esta delegada que ello no corresponde a una afirmación ajustada a la realidad.

Es evidente que el Tribunal respetó el núcleo fáctico de la acusación, en cuanto se centró en el denominado convenio interadministrativo número 271 del 30 de diciembre de 2008, suscrito entre la Alcaldía Local de San Cristóbal y el municipio de Fómeque, que es por el cual, en últimas, se profiere el fallo condenatorio contra Herrera Hernández, respetando además la calificación en el plano jurídico administrativo que otorgó a la negociación pública. Que haya afirmado el Tribunal que ha debido tramitarse conforme a los lineamientos de la licitación pública, por tratarse en el fondo de un contrato de suministro, es muy diferente afirmar que efectivamente lo fuera, y por eso su conclusión de que mal podía, como en efecto ocurrió, otorgarle el carácter de convenio interadministrativo.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia radicado 51.007 de 2019. *“La diferencia entre la premisa fáctica y la premisa jurídica Debe reiterarse que la premisa fáctica de la imputación abarca todos los hechos, bien los atinentes al tipo básico, ora los que corresponden a las circunstancias genéricas y específicas de mayor o menor punibilidad y, en general, a los demás elementos estructurales de la conducta punible. La calificación jurídica corresponde a la selección de las normas en las que dichos hechos pueden ser subsumidos. Según se ha resaltado a lo largo de este proveído, la calificación jurídica puede ser variada en la acusación y, bajo ciertas circunstancias, en la sentencia”. Para la solución del asunto sometido a conocimiento de la Sala, debe analizarse lo concerniente a los cambios que pueden introducirse a los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación”.*



Se aclara que una cosa son los hechos jurídicamente relevantes, y otra muy distinta es que se haya citado la denominación jurídica que la ley otorga a los contratos y la forma de llevarlos a cabo. Fue lo que hizo el tribunal: aterrizar a la norma de contratación estatal la actuación del alcalde y señalar cuál es la regulación que debió observar para llevar a cabo esa contratación. No se advierte que el tribunal haya mencionado un hecho nuevo, lo que hizo fue señalar que el contrato de suministro debe tramitarse por licitación pública como lo prevé la ley 80 de 1993, y no como lo denominó el alcalde, de un convenio interadministrativo de cofinanciación.

Situación que no debió sorprender al procesado ni a la defensa, ya que al burgomaestre le fue imputado el hecho de haber contratado con el municipio de Fómeque para *“apoyar la implementación de comedores y propuestas comunitarias, suministro de complementos alimentarios y acciones de formación nutricional. Componente de canasta alimentaria a personas con discapacidad severa de la localidad”*, contrato que se realizó bajo la figura del convenio de cofinanciación.

El Tribunal concluyó, que dadas las condiciones en que se celebró el contrato y las cláusulas pactadas, no corresponde a un contrato de cofinanciación, no se especificó en el mismo qué cofinanciaba el municipio de Fómeque, además de ser llamativo que el mismo día en que suscribió el contrato se presentó “la carta de interés” por parte del municipio de Fómeque. Fueron entonces las mismas cláusulas contractuales las que llevaron a la magistratura de la segunda instancia, a dar por demostrada la existencia de un contrato de suministro cubierto ilegalmente con el ropaje de un convenio interadministrativo, para propiciar así la contratación directa a un tercero con el que ya se tenían vínculos con anterioridad. Se desconocieron así los principios de legalidad, selección objetiva y transparencia que gobiernan la contratación administrativa, actualizándose de tal manera el tipo penal previsto en el artículo 410 del Código Penal, tipo penal en blanco, que remite a otras normas tales como la ley 80 de 1993, en especial lo previsto en la ley 1150 de 2007, y en la ley 489 de 1998.



Lo que tutela la norma penal con la conducta típica de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales es el quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato, en aspectos sustanciales, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal, por contera, debe valorarse el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios de la contratación estatal, en tanto concreción de las máximas rectoras de la función administrativa².

De acuerdo a lo anterior, no existe un hecho nuevo que el procesado o la defensa no hayan conocido, si se tiene en cuenta que la investigación giró en torno a la celebración del contrato del convenio interadministrativo entre el procesado y el municipio de Fómeque. En su oportunidad debió justificar con elementos de convicción que adjuntaran a que su actuar se ajustó a las previsiones legales para llevar a cabo esa clase de contratos, no darles apariencia de legalidad, asumiendo denominaciones que afectaron los principios y fines previstos en el ordenamiento jurídico. Ello nos fuerza concluir que el Tribunal no violentó el principio de congruencia, por lo tanto, el cargo no está llamado a prosperar. Téngase en cuenta que la denominación jurídica del delito por el cual se profiere la condena, es exactamente igual a la que fundamenta la acusación.

² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia 48.250 de 2017. Si a la categoría “contratos estatales” pertenecen tanto los actos contractuales propios de la Ley 80 de 1993 como los sometidos a reglamentaciones especiales, es claro que los pilares fundamentales que han de guiar la función administrativa, en su faceta contractual, informan transversalmente toda la contratación pública. El carácter especial de algunos regímenes contractuales tiene que ver, en estricto sentido, con las reglas que determinan su funcionamiento particular, no con los criterios básicos que han de orientar la actividad contractual del Estado.

Recapitulando, cuando se trate de contratos pertenecientes a regímenes especiales, es claro que la determinación de los ingredientes normativos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ha de efectuarse con integración de las reglas que conforman el régimen especial concernido. Ello, en conjunción con las máximas que rigen la contratación administrativa en su conjunto, efecto para el cual es dable acudir a las definiciones que, en punto de los principios rectoras de los contratos estatales, traen las normas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Los aspectos propios y particulares del contrato especial en sus requisitos y formalidades, desde luego, sí excluyen la aplicación de la Ley 80 de 1993, salvo que, como más adelante se expondrá, exista una cláusula especial de remisión normativa.

En relación con el ingrediente normativo requisitos esenciales, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Sobre este último particular, de cara al art. 410 del C.P., un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de, entre otros criterios, la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios de la contratación estatal, en tanto concreción de las máximas rectoras de la función administrativa (art. 209 de la Constitución). Sobre esa base, la jurisprudencia tiene dicho que los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación de la administración pública integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Ello, por cuanto tales principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos. Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados fundamentales. Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se limita a las etapas de tramitación, celebración o liquidación, sin que pueda entenderse que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato



2. DE LOS ERRORES DE HECHO POR MANIFIESTO DESCONOCIMIENTO DE LAS REGLAS DE APRECIACIÓN PROBATORIA.

Acerca de la inconformidad con la valoración probatoria, según el demandante el Tribunal dejó de valorar la circular 01 de 2008 que le otorga facultades al alcalde municipal de Fómeque para suscribir convenios de orden nacional, departamental y municipal; al igual que tuvo en cuenta la circular 0 de 2005, mediante la cual la Secretaría Distrital de Gobierno, en relación con los convenios interadministrativos, imponía a los alcaldes locales la obligación de contar con estudios previos en los procesos contractuales, prueba que no fue aportada ni debatida en el juicio oral. Así mismo, omitió valorar el testimonio que rindió el procesado explicando cuál fue su actuación en el contrato, tampoco valoró la prueba documental incorporada en el otro si No.1 modificadorio del convenio, cuyas cláusulas 7 y 8 contiene las obligaciones para las partes contratantes del mismo, y la propuesta del municipio de Fómeque. Además, le otorgó a Leydy Lucía Largo Alvarado la función de apoyo a la contratación y de asesora jurídica, cuando su labor consistía en elaborar minutas sin dar vistos buenos de los contratos; insiste el censor en que el tribunal se apartó de los criterios para la valoración probatoria, incurriendo el falso raciocinio.

Ante los reproches destacados, esta agencia ministerial observa que en la configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el fallo cuestionado hace énfasis primordialmente en aspectos fácticos y jurídicos que dimanen del propio convenio interadministrativo 271 de 2008 particularmente considerado. Sus cláusulas que contrastaron con distintas disposiciones legales vigentes para la época que permitían establecer su verdadera naturaleza, en la que incidía además de manera trascendental la cuantía del mismo, la carencia de competencia funcional de la entidad de derecho público llamada a proveer bienes y servicios requeridos y la



ausencia de definiciones en lo que a las obligaciones derivadas del contrato surgían para el municipio de Fómeque, que se intentaron suplir curiosamente, a través de una “carta de interés”. La sentencia recurrida ni siquiera echa mano, a parte del testimonio de Leydy Lucía Largo Alvarado de otras piezas probatorias que ahora se esgrimen por el recurrente, para aducir que no se tuvieron en cuenta, o que fueron distorsionadas en sus alcances, o que no se ajustaron en su valoración a las reglas de la sana crítica.

Es de resaltar que el Tribunal profirió sentencia con base en las pruebas obrantes en el proceso, las que dan cuenta de la existencia de la celebración de un convenio, pruebas con las que determinó que la actuación del burgomaestre investigado desconoce el ordenamiento legal previsto para llevar a cabo la contratación administrativa, que las exculpaciones ofrecidas obedecen a maniobras para camuflar el contrato, por cuanto lo celebrado obedeció a un contrato de suministro y que por la cuantía debió haberse tramitado conforme lo prevé la ley 80 de 1993, estatuto de la contratación administrativa.

Las alegaciones propuestas por el demandante, tiene como finalidad imponer su particular criterio de cómo debería haberse valorado la prueba, alejado de los principios y reglas previstos para esa actividad, ya que la investigación en contra del procesado refiere a haber celebrado contrato desconociendo el marco legal previsto para ello, tal y como lo sugirió la abogada Leydy Largo, quien fue contratada para apoyar la administración en esa área, y sin embargo sólo le asignaron funciones dirigidas a elaborar minutas de los contratos. Ahora se pretende restarle credibilidad a ese testimonio, con argumentos carentes de fundamento, señalando que su versión se ajusta a retaliaciones por haber sido desvinculada de la administración, sin embargo no milita prueba que así lo demuestre.

En lo que toca con las circulares 00 y 01 de 2008, en nada justifican el actuar del procesado, como quiera que si bien se refieren a competencias



conferidas al burgomaestre, en nada relevan al procesado de demostrar que su actuación se ciñó a los parámetros legales en relación con la contratación pública, respeto por los principios de la función administrativa, de selección objetiva, de transparencia, de publicidad y de legalidad, lo que no fue desvirtuado por William Roberto Herrera Hernández.

Todo lo anterior, para concluir que los reclamos del demandante no tienen suficiente entidad para derrotar la sentencia del Tribunal, la que goza de la doble presunción de acierto y legalidad, como quiera, que a William Roberto Herrera Hernández se lo investigó, procesó y condenó por el hecho de haber celebrado un contrato por una vía que no correspondía, violentando los principios de transparencia, selección objetiva y de legalidad previstos por la ley 80 de 1993, afectando de tal manera el bien jurídico de la administración pública. No es de recibo que pretenda amparar su actuación de estar obrando conforme al principio de legalidad, si rechazó la asesoría de la abogada, asumiendo por su cuenta y riesgo la actividad contractual.

Con base en lo anterior, muy respetuosamente solicito de los honorables magistrados **NO CASAR** el fallo objeto de impugnación, en consecuencia mantener incólume la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.

De los Señores Magistrados,

Cordialmente



JAIME GUTIÉRREZ MILLÁN
Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal (E)

D.R.