



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP1056-2019

Radicado N° 44230.

Acta 79.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

V I S T O S

1. Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO, contra el fallo de 23 de abril de 2014, proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante el cual revocó

parcialmente la sentencia absolutoria de 17 de julio de 2013, expedida por el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté; y, en su lugar, lo condenó, como autor de *contrato sin el cumplimiento de requisitos legales*.

H E C H O S

2. El 4 de junio de 2009, el Alcalde Municipal de Suesca (*Cund.*), ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO, suscribió, directamente, el contrato de compraventa No. 0115, con la empresa Búfalo Ltda., representada por José Daniel Pallini Fernández, para la adquisición de una volqueta marca Búfalo, montada sobre un chasis Mercedes Benz, modelo 17-25, por valor de ciento sesenta y ocho millones doscientos mil pesos (\$168.200.000.00), destinada a la recolección de basuras.

2.1. Estimó la Fiscalía que a pesar de regirse por la Ley 142 de 1994 –servicios públicos domiciliarios– el valor del bien corresponde a un contrato de mayor cuantía, que obligaba realizar proceso de licitación pública.

ANTECEDENTES PROCESALES

3. El 25 de mayo de 2011, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Suesca, la Fiscalía formuló imputación contra ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO, en la condición de Alcalde de esa localidad, como coautor de *contrato sin*

cumplimiento de requisitos legales (art. 410); y autor de interés indebido en la celebración de contratos (art. 409) y peculado culposo (art. 400), normas del Código Penal (Ley 599 de 2000), modificado por la Ley 890 de 2004.

3.1 En la misma oportunidad se imputó a Eliana Marcela Rodríguez Jiménez, en condición de Gerente de Hacienda Pública Municipal de Suesca, la autoría de los delitos de *falsedad ideológica en documento público (art. 286)* en concurso, y *contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales (art. 410)*, *ibídem*.

3.2 Los implicados no admitieron su responsabilidad y fueron afectados con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario¹.

4. El 24 de junio de 2011, fue radicado el escrito de acusación y el 8 de junio de 2012, se llevó a cabo la audiencia con tal fin².

5. En audiencia realizada el 14 de julio de 2011, el Juez Penal con Funciones de Control de Garantías de Chocontá (*Cund.*), revocó la medida de aseguramiento impuesta a los procesados³, quienes recobraron su libertad.

¹ Folio 48 de la carpeta No. 1.

² Folio 15 y 60 de la carpeta No. 2.

³ Folio 35 de la carpeta del juzgado.

6. Adelantada la audiencia preparatoria y el juicio oral, el 17 de julio de 2013, el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, absolvió a ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO y a Eliana Marcela Rodríguez, de todos los cargos por los cuales fueron acusados⁴.

7. Contra la anterior determinación, en audiencia de lectura de fallo de 17 de julio de 2013, el Fiscal delegado y la agente de Ministerio Público interpusieron el recurso de apelación.

7.1 Únicamente la representante del órgano de control sustentó la pretensión de revocar parcialmente la sentencia absolutoria, deprecando que:

7.1.1 Se condene a ÓSCAR BARRERA HURTADO, por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

7.1.2 Se condene a Eliana Marcela Rodríguez, por el punible de *falsedad ideológica en documento público*.

8. Al desatar la alzada, con fallo de 23 de abril de 2014, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca adoptó estas determinaciones:

8.1 Confirmó la absolución de Eliana Marcela Rodríguez, por todos los cargos que le endilgó la Fiscalía.

⁴ Folio 152 de la carpeta No. 2.

8.2 Revocó, parcialmente, la absolución de ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO, y en su lugar, lo condenó como autor de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, a la pena de 68 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses, y al pago de multa por el equivalente a de 66.6 s.m.l.m.v.; de igual manera, negó el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.⁵

9. Advertido por la defensa de un error aritmético al dosificar la sanción, el 15 de mayo de 2014 la sentencia fue enmendada, exclusivamente, en el sentido de aclarar que la pena impuesta a BARRERA HURTADO es de 64 meses de prisión⁶.

10. Inconforme con la decisión del Tribunal Superior, el defensor de ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO interpuso el recurso extraordinario de casación.

11. El 22 de febrero de 2017, la Sala verificó la adecuada fundamentación del libelo y decidió admitirlo.

LA DEMANDA

⁵ Folio 18 de la carpeta No. 3.

⁶ Folio 76 de la carpeta No. 3.

12. Tres reproches postuló el defensor, uno por nulidad y los dos restantes, subsidiarios, por la violación directa de la ley sustancial.

12.1 **Primer cargo. Nulidad**

En criterio del censor, el Tribunal Superior de Cundinamarca desconoció la garantía del debido proceso al afectar sustancialmente su estructura, por estos motivos:

12.1.1 Concedió y tramitó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, contra la sentencia absolutoria de primera instancia, a pesar de que dicho interviniente no tenía legitimidad para impugnar.

12.1.2 En la sentencia de 30 abril de 2014 de esta Corporación (*radicado 41534*), se sostiene que la participación del Ministerio Público en el sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004, es admisible en términos constitucionales, pero no puede desequilibrar la igualdad de cargas entre la fiscalía y la defensa, ni inclinar la balanza en beneficio de uno y perjuicio del otro.

12.1.3 En este asunto, el Fiscal que promovía la pretensión acusatoria renunció a ese interés y desistió del ejercicio de la acción penal, al punto que no sustentó el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia

absolutoria; por ello, la Procuradora delegada excedió sus facultades, en la medida que se arrogó la función acusadora y reemplazó al Fiscal del caso.

12.1.4 Con tal convicción, solicita se case la sentencia y que la Sala, como tribunal de instancia, se abstenga de conocer el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra el fallo de primer grado que decidió absolver al acusado ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO.

12.2 Segundo cargo (subsidiario)

12.2.1 El defensor plantea la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 410 de la Ley 599 de 2000, que describe el delito de *contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales*; y de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que regulan la contratación de la administración pública; y falta de aplicación de la Ley 142 de 1994 (*servicios públicos domiciliarios*), y de los artículos 365 y 367 de la Constitución Política.

12.2.2 Lo anterior, con base en los siguientes planteamientos:

12.2.2.1 Al aplicar las normas de la contratación pública y pasar por alto aquellas que rigen los servicios públicos domiciliarios, el juzgador no se dio cuenta que el

contrato cuestionado debió ser tramitado y celebrado por los cánones que regulan la modalidad directa y no por los de la contratación estatal, que exigen de licitación pública.

12.2.2.2 Al celebrar de manera directa el convenio No. 0115 de 4 de junio de 2009, el Alcalde BARRERA HURTADO no desconoció disposiciones de la contratación administrativa; por tanto, su comportamiento es atípico.

12.2.2.3 ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO fue acusado por *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en la modalidad de *celebrar*, porque el Tribunal Superior aceptó que el trámite precontractual fue cumplido por otros funcionarios.

12.2.2.4 Transcribe apartes del fallo cuestionado, para afirmar que el *Ad-quem* se equivocó al considerar que por ser el comprador una entidad estatal y tratarse de un servicio público, el convenio debía someterse a licitación pública, cuando lo correcto fue regirlo por las normas de derecho privado, como lo disponen los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

12.2.2.5 Si bien, las citadas normas y el artículo 35 ibídem, establecen excepciones al régimen de contratación privado de las empresas públicas de servicios públicos domiciliarios, en ninguna de ellas se encuentra el evento de la compra del vehículo tipo volqueta, recolector de basuras del municipio de Suesca. Entonces, el contrato sí podía

realizarse de manera directa, sin la necesidad de implementar el proceso licitatorio.

12.2.2.6 La Subsección A, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en decisión de 14 de agosto de 2013 (*radicación No. 25000-23-26-000-2009-01045; (45191)*), precisó que en la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios no aplican las previsiones de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, ni de sus decretos reglamentarios.

12.2.2.7 En la misma providencia, el Consejo de Estado expresó que los asuntos relacionados con la selección del contratista, los elementos de existencia del convenio, sus requisitos de validez, las cláusulas y la ejecución y liquidación, se rigen por las normas de derecho privado, ya sean del Código Civil o las del Código de Comercio.

12.2.2.8 En consecuencia, el censor solicita casar la sentencia recurrida y absolver a ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO, por ser atípica la conducta de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, que se le atribuye.

12.3 Tercer cargo (subsidiario)

12.3.1 En el marco de la violación directa la ley sustancial, el defensor postula falta de aplicación de las siguientes normas, que hacían viable la *prisión domiciliaria*:

i) Numeral 1° del artículo 38 B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, el cual debe aplicarse retroactivamente por favorabilidad.

ii) Artículo 68 A, ibídem, antes de la modificación introducida por el artículo 28 de la Ley 1453 de 2011, luego por el 13 de la Ley 1474 de 2011, y posteriormente, por el 32 de la Ley 1709 de 2014.

12.3.2 A decir del libelista, sí era procedente la prisión domiciliaria, por las siguientes razones:

12.3.2.1 La normatividad omitida por el *Ad-quem*, en concordancia con el inciso segundo del artículo 6° del Código Penal, inicialmente no incluía entre los delitos exceptuados de ese sustituto, los punibles contra la administración pública.

12.3.2.2 Para la aplicación del beneficio reclamado, a partir de la contemplación de los apartes de las normas evocadas, que resulten favorables, debe construirse una “*lex tertia*”, con base el precedente de la Sala de Casación Penal de 3 de septiembre de 2001 (*radicación No. 16837*).

12.3.2.3 El 4 de junio de 2009, fecha en que se firmó el contrato cuestionado, para ser beneficiario de la *prisión domiciliaria* se exigía que la condena se impusiera por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley fuera

de cinco años de prisión o menos –numeral 1° del artículo 38 de la Ley 599 de 2000-.

12.3.2.4 El artículo 68 A, adicionado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, excluía el beneficio de la *prisión domiciliaria* para algunos delitos, entre los cuales no se hallaban incluidos lo de la administración pública.

12.3.2.5 La exclusión de los beneficios para los delitos contra la administración pública, fue introducida a partir del artículo 28 de la Ley 1453 de 2011, y se mantuvo en las modificaciones traídas por los artículos 13 y 32, de las Leyes 1474 de 2007 y 1709 de 2014, respectivamente.

12.3.2.6 Según el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, la pena para el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* era de 5 años y 4 meses de prisión. Por ello, el Tribunal le negó al acusado el sustituto de la prisión domiciliaria, sólo en consideración al quantum punitivo; “*y no porque tal reato estuviera excluido por el artículo 68 A entonces vigente y posteriormente modificado*”.

12.3.2.7 Luego, el artículo 23 de la Ley 1709, adicionó a la Ley 599 de 2000, el artículo 38 B, que en su numeral 1° exige, para otorgar el sustituto de la *prisión domiciliaria*, que la sentencia sea por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos.

12.3.2.8 El implicado cumple con este requisito de la pena. Entonces, se debe aplicar retroactivamente, por favorabilidad, la disposición que le reconoce el beneficio de la *prisión domiciliaria*.

12.3.2.9 De otra parte, como el artículo 68 A, modificado por la Ley 1709 de 2014, excluye el beneficio para delitos contra la administración pública, lo que la hace desfavorable, tal disposición, no resulta aplicable de manera retroactiva.

12.3.2.10 Por ello, se debe confeccionar una tercera ley, donde se escoja de las demás disposiciones lo que resulte más beneficioso.

12.3.2.11 De ese modo, solicita el demandante casar el fallo recurrido, en el sentido de conceder al implicado la *prisión domiciliaria* que le fue negada por el Tribunal, sólo por estimar que no cumplía el quantum de la pena.

AUDIENCIA DE ALEGACIONES

13. Convocada para el 2 de octubre de 2017, a la diligencia acudieron el defensor (*demandante*); ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO (*implicado*); el apoderado de

Eliana Marcela Rodríguez Jiménez (*no recurrente*); el Fiscal delegado; y, la representante del Ministerio Público.

13.1 El demandante

13.1.1 Sin agregar argumentos adicionales, insiste en su solicitud de casar la sentencia por los motivos expuestos en el libelo.

13.2 El Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia

13.2.1 En su criterio, la sentencia que se acusa no se debe casar, por no prosperar ninguna de las censuras.

13.2.2 Sobre la nulidad, advierte que el precedente que invoca el defensor fue modulado por la Corte, en decisión de 25 de mayo de 2016 (*radicación No. 43837*), en el sentido de considerar que el diseño constitucional del sistema penal ya no es un escenario de confrontación exclusiva entre dos oponentes (fiscalía-defensa), dado que participan otros actores, como el Ministerio Público y las víctimas, con facultades procesales que incluyen solicitar y aportar pruebas, impugnar las decisiones que se profieran e intervenir en las audiencias.

13.2.2.1 Además, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-144 de 2010, la

Procuradora Delegada sí contaba con facultades legales y Superiores para recurrir el fallo absolutorio de primer grado.

13.2.3 Respecto de la segunda censura, considera que no existe la falta de aplicación de la Ley 142 de 1994 alegada, pues, si bien, la compraventa efectuada por el Alcalde de Suesca se enmarca dentro de aquellas que contribuyen a los propósitos de la buena marcha y efectivo cumplimiento de la prestación de servicios públicos, no se enlista dentro de las actividades inherentes a la prestación de servicios públicos domiciliarios, que es lo que constituye el ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994.

13.2.4 Afirma que el censor está confundiendo “*el bien o servicio para distribuir aseo*”, con los bienes a través de los cuales se va a prestar el servicio público domiciliario. En ese orden, dice el fiscal, el Tribunal acertó al considerar que el contrato de compraventa de la volqueta se regulaba por la contratación estatal de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, disposiciones que, por el objeto y la cuantía, exigían llevar a cabo licitación pública.

13.2.5 Con relación al tercer cargo, sostiene que, según la línea jurisprudencial vigente, resulta improcedente la creación de una tercera ley para favorecer al procesado con el beneficio del sustituto de la prisión domiciliaria.

13.3 El Ministerio Público

La Procuradora delegada ante esta Corporación disertó bajo la misma línea conceptual y argumentativa del Fiscal, para concluir que ninguno de los cargos sale avente y, por ello, el fallo no debe ser casado.

13.4 El defensor no recurrente

El abogado de Eliana Marcela Rodríguez Jiménez (*coprocesada, absuelta de todo cargo*), restringió su intervención a dos tópicos de la demanda.

13.4.1 Apoyó la tesis defensiva, según la cual la Procuraduría no tiene legitimidad para interponer el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria de primer grado, en atención a que la Fiscalía renunció al ejercicio de la acción penal.

13.4.1.1 Además, aun cuando la jurisprudencia ha reconocido que el Ministerio Público puede interponer algunos recursos en defensa del patrimonio público, en este caso no hubo detrimento del erario, pues, se investigó un *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

13.4.2 Sobre el segundo cargo, referido a la violación directa de la Ley sustancial por la falta de aplicación de la Ley 142 de 1994, coadyuvó lo expuesto por el demandante, en tanto, no en todos los eventos una entidad pública debe contratar por las vías de las Leyes 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

13.4.2.1 Por el contrario –acotó- existen figuras que autorizan a las entidades estatales para celebrar contratación directa, como son: i) el artículo 355 de la Constitución Política, cuando se requiere adelantar un convenio para llevar a cabo los planes de desarrollo de los municipios; ii) la Ley 489 de 1998; y iii) los Decretos 002 de 2017 y 777 de 1992.

13.4.2.2 De ahí que, si fuese correcta la motivación de la sentencia emitida por el Tribunal Superior, ninguna entidad estatal podría realizar contratación directa para la prestación de servicios de naturaleza pública.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

14. De conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*), la Sala de Casación Penal es competente para resolver los cargos postulados en la demanda del recurso extraordinario.

15. En atención al principio de prioridad, la Sala abordará, en primer lugar, la nulidad propuesta por la defensa, como quiera que, de aceptarse, el proceso debería retrotraerse, sin que fuera necesario el estudio de las restantes censuras.

16. Primer cargo: nulidad por violación del debido proceso

16.1 Plantea el censor que el trámite procesal se afectó de invalidez, porque el Ministerio Público carecía de interés jurídico para interponer el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria de primer grado, motivo por el que el Tribunal Superior debió abstenerse de conocer la alzada. Sin embargo, al hacerlo, afectó el debido proceso en detrimento de los intereses fundamentales del mismo, y como consecuencia de ello revocar dicho fallo, para en su lugar, condenar a ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO.

16.2 El problema jurídico radica en dilucidar si en el proceso penal con tendencia acusatoria instaurado con la Ley 906 de 2004, el Ministerio Público tiene legitimidad para recurrir la sentencia absolutoria de primera instancia, a pesar de que la Fiscalía, en manifestación tácita de conformidad, no impugnó.

16.3 El estudio se abordará a partir de: i) la jurisprudencia reciente de esta Corporación; ii) el rol del Ministerio Público en la Ley 906 de 2004, tema desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-144 de 2010; y iii) el Acto Legislativo 003 de 2002 y el artículo 277 de la Carta, en cuanto aluden al sistema acusatorio.

16.4 Es cierto que los pronunciamientos iniciales de la Corte Suprema de Justicia, tendían a privilegiar la impronta adversarial del sistema procesal penal colombiano, para que el Juez decidiera la controversia dialéctica entre el Fiscal delegado y la defensa, con la menor interferencia de terceros posible; lo cual, en la práctica, podía conllevar a una interpretación restrictiva de la iniciativa del Ministerio Público para impugnar las decisiones judiciales, cuando la Fiscalía no interponía recursos contra las mismas.⁷

16.5 La adaptación evolutiva de la hermenéutica a la realidad nacional, produjo una variación en la línea de precedentes, para destacar que la presencia del Ministerio Público en el proceso penal se justifica por intereses claramente Superiores, a partir del mandato del numeral 7° del artículo 277 de la Constitución Política que habilita al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados, para «*intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*»; tal como lo expresaron los representantes de Fiscalía y la Procuraduría al intervenir como no recurrentes.⁸

⁷ CSJ, Sentencia de 10 de mayo de 2010 (rad. 32868).

⁸ CSJ AP 2565, jun 27. 2018. Rad. 52602; AP 21679, may 30. 2018. Rad. 52822; AP 2222, may 30. 2018, Rad. 50611; AP 2356, 30 may. 2018, Rad. 50213; SP 3964, mar 22. 2017. Rad. 43665; SP 3204, mar 8. 2017, Rad. 43669; SP 179, ene 8. 2017, Rad. 48216; AP 4304, jul 6. 2016. Rad. 48256, entre muchos otros.

16.6 En desarrollo de la Carta, el legislador de 2004, al expedir la Ley 906, en el artículo 109, habilitó al Ministerio Público como un órgano autónomo para que intervenga en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales; y para la materialización de tales atribuciones, en el artículo 111 ídem, se establecen competencias específicas –funciones- que el Ministerio Público debe ejecutar en las etapas de indagación, investigación y juzgamiento.

16.7 Así, como garante de los derechos humanos y de las garantías fundamentales debe: i) ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales; ii) participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental; iii) *procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia*; iv) procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley; v) procurar que de manera temprana y definitiva se defina la competencia entre diferentes jurisdicciones en procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; vi) procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa; y vii) participar, cuando lo considere necesario,

en las audiencias conforme a lo previsto en el estatuto instrumental.

16.8 Y como representante de la sociedad, deberá: i) *solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión*; ii) procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan; iii) velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado; iv) participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad; y v) denunciar los fraudes y colusiones procesales.

16.9 Para el cumplimiento de esos cometidos, desde la decisión de 5 de septiembre de 2011 (*radicación 30592*), reiterada el 20 de junio de 2018 (*radicación 45098*), la Corte precisó que el Ministerio Público es un «*organismo propio*», que interviene de manera contingente o discrecional, al ser facultativa la potestad de ejercerla o no, pero que resultará siempre necesaria cuando se deba dar cumplimiento a los

propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Política y la ley; sin que ello lo autorice para alterar el necesario equilibrio⁹ de las partes principales del proceso (*acusador y defensor*), dado el carácter eminentemente contradictorio que el modelo ostenta, sin perjuicio del compromiso que comparte con la Fiscalía de propender por la garantía de los derechos de las víctimas.

16.10 De igual manera, la Corte Constitucional reconoce al Ministerio Público como un *interviniente especial, principal y discreto*; que es una particularidad del sistema procesal penal colombiano, al que la Carta garantiza el ejercicio de sus competencias.

16.10.1 Así lo expresó dicha Corporación en decisión anterior a la actuación procesal¹⁰ que se reprocha del Ministerio Público:

Las consideraciones que preceden permiten a la Corte concluir que el Ministerio Público es a la vez un interviniente “principal” y “discreto” del proceso penal. Lo primero por cuanto desde la Constitución le ha sido reconocida una función de doble cariz consistente en velar por el respecto de los intereses de la sociedad, así como de los derechos humanos y de los derechos fundamentales afectos al proceso. Lo segundo, porque su participación debe someterse a los condicionamientos establecidos en la ley y precisados por la jurisprudencia, para no romper con los supuestos que en principio o tendencialmente articulan el

⁹ Cfr. Art. 4 de la Ley 906 de 2004.

¹⁰ El recurso vertical contra la sentencia absolutoria de primera instancia fue interpuesto el 17 de julio de 2013.

sistema, relacionados con la igualdad de armas y el carácter adversarial del procedimiento.

El ejercicio de sus funciones plantea por tanto el riguroso cumplimiento de la legalidad, así como la procura de los fines para los cuales desde tiempo atrás se le ha instituido como interviniente procesal, evitando desequilibrios y excesos a favor o en contra de alguna de las partes o intereses en disputa, con el despliegue de una actuación objetiva que en definitiva mejore las condiciones para que en el proceso se alcance una decisión justa y conforme a derecho.¹¹

16.11 La lectura de los antecedentes en cita, permite sostener que el Ministerio Público sí posee funciones específicas de protección de derechos, que perfectamente se trasladan a su actuación dentro del proceso penal, aunque se erige en limitación para ello, la estructura misma del sistema adversarial.

16.12 En los apartados citados, sin embargo, no se precisa de manera directa si el funcionario en cuestión puede o no interponer el recurso de apelación contra el fallo, sea este absolutorio o condenatorio.

16.13 Para abogar por la imposibilidad procesal de que el Ministerio Público controvierta por vía de apelación la sentencia, el demandante se apoya en una sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 41534, obra de esta Corporación, que en su sentir resuelve completamente la cuestión.

¹¹ Sentencia C-144 de 2010.

16.13.1 Sin embargo, ello no corresponde a la esencia y objeto de lo decidido en el fallo en cuestión, razón por la cual no es posible pregonar analogía fáctica con el asunto que aquí se discute.

16.13.2 En efecto, es necesario recordar que allí se trataba de una sentencia producida por ocasión del preacuerdo al que llegaron la fiscalía y el procesado con su defensa, que fue impugnada por el Procurador Delegado, quien buscaba introducir una agravante al delito objeto de consenso entre las partes.

16.13.3 La razón fundamental para que se dijera ajena a la función del Procurador la impugnación en cuestión, estribó en que, en tratándose de justicia premial, lo acordado por Fiscalía y acusado, no puede ser controvertido por el Ministerio Público, dada la naturaleza de partes que en esencia encierra el preacuerdo.

16.13.4 Además, a manera de subargumento, anotó la Corte que el Procurador, en ese caso, carecía de interés para apelar sobre lo acordado, dado que, pese a ser llamado para el efecto, no acudió a la audiencia en la cual se verificó la legalidad del pacto.

16.13.5 Y si bien, de manera genérica se afirmó en la providencia citada, que la participación del Ministerio Público, no puede desquiciar la igualdad de armas en la que se encuentran las partes, a dicha manifestación no se le dio

un efecto diferente al que compete al objeto concreto de discusión allí, vale decir, la posibilidad de intervenir en los preacuerdos.

16.13.6 Por ello, a partir de esta afirmación genérica, no es posible pregonar que la Corte directa o tácitamente reseñó la imposibilidad para el procurador de apelar el fallo, independientemente de su contenido absolutorio o de condena.

16.14 Por lo demás, cabe relevar, la Corte en su jurisprudencia tampoco ha abogado por la imposibilidad reseñada.

16.15 Todo lo contrario, en sentencia del 5 de octubre de 2011, radicado 30592, expresamente sostuvo:

*Si en los procesos seguidos bajo la égida de la Ley 600 de 2000 al Ministerio Público en calidad de sujeto procesal le asiste la legitimidad para impugnar los autor interlocutorios o las sentencias –bien absolutorias o condenatorias-, **a partir de la filosofía que inspira el proceso rituado en la Ley 906 de 2004, se concluye que en esa sistemática procesal cuenta con la misma potestad,** en la medida que así lo exijan los propósitos misionales que la constitución le traza, en defensa del orden jurídico, de los intereses de la sociedad, o como garante de los derechos fundamentales. (Negrillas del texto original).*

16.16 Debe señalarse que lo transcrito no ha sido modificado, modulado o reconsiderado por la Sala en decisiones posteriores, razón por la cual es dable sostener que ello conserva completa vigencia al día de hoy.

16.17. Entonces, para lo que aquí se discute, el argumento que soporta el cargo carece de suficiencia, dada la sesgada interpretación que se hace de una decisión anterior de la Corte; pero, además, es contrario a lo que hasta hoy se viene sosteniendo sobre el particular, que en concreto se reduce a que efectivamente el Ministerio Público puede impugnar las sentencias –excepción hecha de los casos de preacuerdo en los que no intervino para controvertir lo pactado-, no importa si estas son de naturaleza condenatoria o absolutoria, siempre y cuando ello derive de su función constitucional básica de propender por la garantías y derechos fundamentales.

16.18 Entonces, resulta inapropiado impedir que el Ministerio Público cumpla su gestión, cuando su actividad se dirige a la interposición de los recursos que la ley habilita, en camino a impugnar las decisiones que, en su criterio, transgreden el orden jurídico, como ocurre frente a una absolución indebida, acorde con lo que razonablemente sugieren las pruebas practicadas en el juicio oral.

16.19 En el asunto bajo estudio, la Procuradora delegada sustentó el recurso contra la sentencia absolutoria, “*en su condición de representante de la sociedad y defensora del orden jurídico y del patrimonio público*”¹², para reclamar condena contra ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO,

¹² Así los sustentó en su alegato escrito visto al folio 157 de la carpeta de juzgamiento.

como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, pretensión que acogió el Tribunal Superior de Cundinamarca.

16.20 Para la Sala, es claro que la intervención del Ministerio Público fue reflejo natural de su compromiso constitucional de veedor y garante de la legalidad del trámite penal, lo cual no conlleva a un desbalance del esquema adversarial planteado en específico, a pesar de la apatía o pérdida de interés del Fiscal delegado.

16.21 El hecho que la Fiscalía desista tácitamente de la apelación –en el trámite ordinario, se reitera-, de ninguna manera le resta legitimidad o interés jurídico al Ministerio Público para recurrir la sentencia absolutoria que percibe injusta, ya que, al ser un actor principal, para el ejercicio de sus competencias funcionales, no existe restricción de orden superior o legal que lo condicione a actuar de forma subsidiaria respecto de alguno de los adversarios o intervinientes.

16.22 Resta anotar, respecto de lo discutido, que al Ministerio Público también le asistía interés, dado que debe entenderse afectado con la decisión de absolución proferida por el A quo, precisamente, en atención a que durante su intervención en las alegaciones finales, expresamente deprecó se condenara al acusado por el delito que aquí se examina.

16.23 Corolario de lo anterior, la censura no prospera.

17. Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida (*subsidiario*)

17.1 Sostiene el libelista que la volqueta adquirida por la Alcaldía Municipal de Suesca estaba destinada a la prestación del servicio público domiciliario de recolección de basuras, por lo cual el contrato para su compra es de derecho privado y se regula por los artículos 31 y 32 de Ley 142 de 1994.

17.2 Por ello, acota, el Tribunal Superior incurrió en violación directa al desconocer la pertinencia de las anteriores normas y exigir la aplicación de Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, destinadas a la contratación de las entidades estatales y, en concreto, a la convocatoria de una licitación pública, con pluralidad de oferentes, en atención a la cuantía.

17.3 Tal afirmación resulta ser parcialmente cierta. No se ignora que la Ley 142 de 1994 (*de servicios públicos*), por regla general, habilita un sistema de contratación que se rige por el derecho privado. Sin embargo, existen varios supuestos que exceptúan esa regla.

17.4 Para dilucidar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes temas: i) el objeto y cuantía del contrato de compraventa 0115 de 4 de junio de 2009 y la destinación del mismo; ii) ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994 y de la Resolución 0151 de 23 de enero de 2001, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA.

17.5 El contrato de compraventa objeto de estudio

17.5.1 El 4 de junio de 2009, ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO, en su condición de Alcalde y representante legal del Municipio de Suesca, celebró el contrato No. 0115, con Industrias Búfalo Ltda., representada por José Daniel Pallini Fernández, para la: “COMPRAVENTA DE VEHÍCULO TIPO VOLCO, MARCA BÚFALO SOBRE CHASIS MERCEDES BENZ MODELO 17-25, PARA EL EFICAZ FUNCIONAMIENTO PARA EL MANEJO EXCLUSIVO DE RECOLECCIÓN Y TRANSPORTE DE BASURAS PARA EL MUNICIPIO DE SUESCA...”, por el valor de \$168.200.000.00.

17.5.2 En el texto de ese convenio se plasma, a manera de justificación, que el procedimiento contractual se realiza en acatamiento de las Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, de servicios públicos domiciliarios.

17.5.3 Dichos conjuntos normativos, en los artículos 31 y 3°, respectivamente, establecen que:

los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

17.6 Ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994 y la resolución 0151 de 2001 CRA

17.6.1 La Ley 142 de 1994, *por medio de la cual se establece el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*, define, bajo la categoría de principio rector, que este conjunto normativo se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos; y a los otros servicios previstos en normas especiales.

17.6.2 En este sentido, la Corte advierte que el Consejo de Estado, en un concepto de su Sala de Consulta y Servicio Civil¹³, señaló que también los contratos celebrados por los municipios cuando directamente prestan servicios públicos, deben entenderse regidos por la normatividad privada.

¹³ C.E. 704 de 1995

17.6.2.1 Ello, por cuanto “...el artículo 31 citado (de la Ley 142 de 1994, aclara la Corte) se refiere a los contratos que celebren ‘las entidades estatales’ con lo que se da a entender que se comprende también a los municipios y entidades descentralizadas (artículo 2º literal a) Ley 80 de 1993.”

17.6.3 En similar sentido, la superintendencia de servicios públicos ha conceptualizado que, efectivamente, los municipios, cuando prestan directamente los servicios públicos, actúan dentro del espectro de las normas civiles. Ello, incluso, se hizo explícito en concepto presentado por la defensa.

17.6.4 Sin embargo, en cuanto ahora interesa, debe destacarse que la Ley 142 de 1994, también advierte:

*Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.** (Se destaca).*

17.6.5 Vale decir, la regla general contiene excepciones, las cuales, por supuesto, se entiende, deben ajustarse a la Ley 80 de 1993 y sus reglamentos.

17.6.5.1 Por ello, el mismo artículo 31 consigna la siguiente previsión específica:

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

17.6.5.2 El párrafo de esa misma disposición, trae otra excepción a la regla:

Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

17.6.6 En consecuencia, no es correcto afirmar, sin más, que todos los contratos celebrados por el municipio en sede de prestación de servicios públicos domiciliarios, se rigen estrictamente por la normatividad civil.

17.6.6.1 En todos los casos es necesario, entonces, verificar si el tipo de ejecución contractual obedece o no a las excepciones consagradas en la misma ley.

17.6.6.2 Para el asunto examinado, lo primero que cabe señalar frente a las dos excepciones en cita, es que la una opera parcial, y la otra resulta ajena a lo que aquí se debate.

17.6.6.3 En efecto, el apartado del artículo 31 remite a los casos en los cuales se contengan cláusulas exorbitantes, tópico que, además, solo obliga de la aplicación de la Ley 80 de 1993, cuando fuesen ellas exigidas por las Comisiones de Regulación y, además, dicha intervención normativa únicamente opera respecto de las cláusulas en mención, pero no abarcan el contrato en toda su extensión.

17.6.7 Nada de lo anotado se determina haber ocurrido aquí –que las cláusulas fueran exigidas por la Comisión de Regulación en este tipo de asuntos, y que el vicio contractual opere respecto de ellas y no de la forma de contratación a la cual acudió el acusado, tema en el cual hizo radicar la fiscalía el delito objeto de examen-, razón que obliga desechar de entrada la posibilidad de fundar en este apartado normativo la conducta atribuida al burgomaestre.

17.6.8 Tampoco es factible acudir, como referente normativo, al parágrafo del artículo 31 de la ley 142 de 1994, en tanto, este dice relación específica, para obligar de licitación pública, a los contratos que celebre, para el caso, el municipio con empresas prestadoras de servicios públicos, a fin de que estas asuman determinada actividad o sustituyan al ente local en la misma.

17.6.9 Huelga anotar que la adquisición de la volqueta por parte del municipio, en aras de atender con ella la recolección de basuras, de ninguna forma se asemeja al aspecto que se releva en el parágrafo del artículo 31 tantas veces citado, así que tampoco en ello se puede radicar algún tipo de exigencia que defina ilegal la contratación directa efectuada por el mandatario local.

17.7 De otro lado, el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, creó las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios y autorizó al Presidente de la República para delegar las competencias relativas al control y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios a él atribuidas por el artículo 370¹⁴ de la Constitución Política.

17.7.1 Bajo esa sistemática, en el artículo 69 *ibídem*, se instituyó la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA–, que es una entidad del orden nacional, erigida en Unidad Administrativa Especial, con autonomía administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica; hoy adscrita al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

17.7.2 Mediante el Decreto 1524 de 1994, el Presidente de la República delegó a la CRA, las funciones relativas al señalamiento de las políticas generales de administración y

¹⁴ “Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten (...)”

control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que el artículo 370 de la Constitución Política radica en su cabeza.

17.7.3 El objetivo primordial es mejorar las condiciones del mercado de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo del país; contribuir al bienestar de la población colombiana; y fijar las reglas que deben cumplir todas las empresas prestadoras de los servicios públicos (ESP) de acueducto, alcantarillado y aseo.

17.7.4 En ejercicio de las facultades delegadas mediante el Decreto 1524 de 1994, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA-, expidió la Resolución 0151 de 23 de enero de 2001, con el fin de regular los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, las actividades complementarias de éstos y las que realizan los prestadores de los mismos en los términos de la Ley 142 de 1994.¹⁵

17.7.5 La Resolución 0151 de 23 de enero de 2001, en la Sección 1.3.5, establece parámetros de contratación a tener en cuenta por las empresas de servicios públicos domiciliarios, para los casos donde deba garantizarse la concurrencia de oferentes, según el artículo 209 de la Constitución Política¹⁶.

¹⁵ Artículo 1.1.1.1. de la Resolución 151 de 2001.

¹⁶ “ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía,

17.7.6 Se trata, como se aprecia, de una excepción adicional al régimen de derecho privado autorizado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

17.7.7 Así, para efectos de la contratación, en el artículo 1.3.5.2., y siguientes, la Resolución 0151 de 23 de enero de 2001, establece procedimientos especiales que deben acatar las entidades territoriales y las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

17.8 La acusación, al efecto, consigna que:

“Dentro de este proceso de contratación debió acudirse a la LICITACIÓN PÚBLICA así se aplicara la ley 142 de 1994, pues la resolución 151 del 2001 emanada de la CRA, en sus numerales 1.3.5.4. contempla las excepciones al deber de usar licitación pública o procedimientos regulados que estimulen la concurrencia de oferentes cuando en el numeral A dice: por razón de la cuantía cuando el valor de los contratos en relación con los presupuestos anuales de las entidades contratantes, o su más reciente cifra anual de ventas expresadas en salarios mínimos legales mensuales, se encuentre dentro de las cifras determinadas como de menor cuantía en la ley 80 de 1993”.

17.8.1 Concluye la Fiscalía, y en esto es secundada por el A quo, que en razón a apartarse de la menor cuantía el valor del contrato de adquisición de la volqueta, por virtud de la norma citada era necesario acudir a proceso licitatorio.

celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

17.9 Ello, sin embargo, no se corresponde con una adecuada lectura de lo que la Resolución examinada contiene.

17.9.1 Para una mejor comprensión del tema, la Sala debe transcribir todas las normas que, dentro de la Resolución 0151 en examen, se refieren a la obligación de adelantar una licitación o efectuar gestiones para obtener la concurrencia de oferentes:

“Artículo 1.3.5.1 *Procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes para la gestión de los servicios. En desarrollo del Artículo 209 de la Constitución Nacional y para los efectos de la presente resolución se entiende por procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes los que adopte internamente cada persona prestadora, en los casos previstos en esta resolución, para conseguir que: a. Se acuse recibo por escrito, y se registren en forma ordenada en sus archivos, los datos de cualquier persona que se dirija a ella para solicitarle que se la tenga en cuenta en los contratos que versen sobre determinados bienes o servicios. Para estos efectos, las personas interesadas pueden dirigirse, en cualquier tiempo, a las personas prestadoras de servicios públicos a las que se refiere esta resolución, manifestando su interés en ser tenidas en cuenta como proveedoras de bienes o servicios, para los contratos que éstas hayan de celebrar. Tales personas deberán proporcionar su dirección, e informar sobre la clase de contratos en los que están interesados en participar; en caso de tratarse de personas jurídicas, deberán presentar sus más recientes estados financieros y un certificado de existencia y representación legal. Las personas prestadoras deben conservar estas manifestaciones de interés durante un período de dos años, al cabo del cual pueden destruir los documentos del caso, dirigiéndose a la persona interesada para informarla sobre este hecho e invitarla a actualizar sus documentos, si lo tiene a bien. b. Se dirijan a tales personas, por lo menos, invitaciones para presentar ofertas cuando sea necesario celebrar un contrato*

sobre alguno de los bienes o servicios que aquellas han ofrecido.
c. Se realice una evaluación objetiva de las propuestas que tales personas presenten, y sólo se incluyan como elementos de tal evaluación, condiciones que sean razonables para asegurar que el contrato se cumplirá en las condiciones de plazo, precio y calidad necesarias para los fines del servicio. Las personas prestadoras deben conservar, a disposición de las autoridades, los documentos que comprueben el cumplimiento de las obligaciones a las que este literal se refiere. PARÁGRAFO. El procedimiento establecido en este artículo, acompañado de una invitación hecha por el municipio a través de los medios de divulgación de la Cámara de Comercio más cercana a la entidad, a personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, a municipios, al departamento del cual haga parte, a la Nación o a otras personas públicas o privadas, en el orden establecido en la Ley 142 de 1.994, y de una publicación en periódico Regulación integral de los servicios públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo 28 de amplia circulación en la zona, dirigida a las personas antes enunciadas, constituyen la invitación pública de que trata el Artículo 6°. de dicha ley. Artículo

Artículo 1.3.5.2 Contratos sometidos a procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes. De conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994, las entidades territoriales y las personas prestadoras de servicios y actividades a que se refiere la presente resolución, deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes en los siguientes casos: a.Los contratos previstos en los literales a, b, c, d, y e del Artículo 1.3.5.3 de la presente resolución, salvo las excepciones previstas en el Artículo 1.3.5.4. b.Al realizar la convocatoria a que hace referencia el Artículo 6 de la Ley 142 de 1994. c.Los contratos en los cuales las entidades oficiales transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamiento o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas. En este caso el procedimiento de selección de la persona prestadora es el previsto en el artículo siguiente. d.En los demás casos que se requiera de conformidad con norma expresa de las secciones 1.3.4 y 1.3.5 de la presente resolución.

Artículo 1.3.5.3 *Contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes. Se someterán a los procedimientos regulados de que trata esta resolución, para estimular la concurrencia de oferentes:*

- a. Los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para la administración profesional de acciones, a los que se refiere el numeral 39.2 del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994.*
- b. Los que celebren las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo con quienes sean sus competidoras.*
- c. Los que celebre una persona prestadora de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo que tiene posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad consiste en distribuir bienes provistos por terceros, con un tercero en cuyo capital tenga una participación superior al veinticinco por ciento (25%).*
- d. Todos los que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para plazos superiores a cinco años.*
- e. Los que celebren las entidades territoriales con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.*

PARÁGRAFO. *La emisión de acciones por parte de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo y su suscripción, se regirá por las normas que regulan la oferta pública de valores, cuando se requiera inscripción en el Registro Nacional de Valores. Cuando no se requiera de tal registro, la emisión y suscripción de acciones se regirá por las normas de derecho privado y por las disposiciones especiales contenidas en la Ley 142 de 1994.*

Artículo 1.3.5.4 *Excepciones al deber de usar licitación pública o procedimientos regulados que estimulen la concurrencia de oferentes. No será obligatorio utilizar licitación pública o los otros procedimientos regulados en los siguientes casos:*

- a. Por razón de la cuantía. Cuando el valor de los contratos en relación con los presupuestos anuales de las entidades contratantes, o su más reciente cifra anual de Mediante Sentencia del Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 25.693 de agosto de 2012 se declaró la nulidad contra el parágrafo del artículo 1.3.5.3 de la Resolución No. 151 del 23 de enero de 2001, modificados por la Resolución 242 de 2003, ambas expedidas por la Comisión de*

Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Regulación integral de los servicios públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo 29 ventas, expresados en salarios mínimos legales mensuales, se encuentre dentro de las cifras determinadas como de menor cuantía en la Ley 80 de 1993. b. Por razón del objeto de los contratos. Para celebrar los contratos de mutuo, prestación de servicios profesionales, desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y arrendamiento o adquisición de inmuebles. c. Por razón de las circunstancias en las que ha de celebrarse el contrato. Si hay urgencia manifiesta; pero los contratos en que se invoque esta causal no pueden celebrarse a plazos superiores a seis (6) meses. d. Por razón de las condiciones de mercado. Cuando no se ha recibido ninguna manifestación de interés, ni se sepa de la existencia de una pluralidad de oferentes. e. Los contratos que se celebren con recursos provenientes de organismos internacionales de los cuales haga parte Colombia o los que se celebren en el marco de convenios internacionales”.

17.10 Una correcta intelección de las normas interesantes al tópico, permite advertir que: (i) en la generalidad de los casos los contratos que se celebren para la prestación de servicios públicos, operan conforme al derecho privado; (ii) en casos excepcionales, regulados en los artículos 1.3.5.2., y 1.3.5.3, se deben adelantar mecanismos que estimulen la concurrencia de oferentes; (iii) a pesar de que el contrato se inscriba en los casos excepcionales de los artículos 1.3.5.2 y 1.3.5.3, si se halla en alguna de las situaciones del artículo 1.3.5.4, no debe adelantarse por el mecanismo de licitación u otro que estimule la concurrencia de oferentes.

17.10.1 De esta manera, advierte la Sala, si se busca determinar que un específico contrato obligaba la licitación u otro mecanismo encaminado a estimular la concurrencia

de oferentes, resulta necesario, en primer lugar, verificar que se trata de un tema propio de los artículos 1.3.5.2. y 1.3.5.3, para después establecer que no hace parte de las excepciones consagradas en el artículo 1.3.5.4.

17.10.2 Pero no resulta adecuado, como hicieron la Fiscalía y el Juzgado A quo, señalar que en razón a no hallarse dentro de las excepciones del artículo 1.3.5.4., de inmediato el contrato debe estimarse sujeto a licitación u otro mecanismo que estimule la concurrencia de oferentes, pues, con ello se pasa por alto que no son todos los contratos los que se obligan a tal procedimiento, sino apenas los que, reitera la Sala, están inscritos en los artículos 1,3,5,2 y 1,3,5,3.

17.10.3 Verificada la lista de asuntos que obligan de licitación u otro mecanismo que permita la concurrencia de oferentes, está claro que ninguno de ellos dice relación con el contrato examinado, esto es, el municipio de Suesca, prestando directamente los servicios públicos, que adquiere para la recolección de basura una volqueta.

17.10.4 Por ello, de ninguna manera es posible, en protección estricta del principio de legalidad, aducir que por tratarse de un contrato superior a la menor cuantía, era necesario, en términos de la Ley 142 de 1994 y la Resolución 0151 de 2001, de la CRA, acudir a un proceso licitatorio.

17.10.5 Acorde con lo registrado en precedencia, para la corte se verifica claro que la adquisición de la volqueta por el municipio de Suesca, por vía de contratación directa, no solo se encuentra amparada por la ley 142 de 1994, sino que no obedece a ninguno de los temas que por excepción obligaban aplicar la Ley 80 de 1993, régimen público.

17.10.6 Como se aprecia, incluso el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, con la autoridad que dimana de sus conceptos, así ellos no necesariamente sean obligatorios, asume que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, se aplica indistintamente a las empresas de servicios públicos y a la contratación efectuada por los municipios, en casos de prestación directa de los mismos, percepción que también abarca a la Superintendencia de Servicios Públicos, en criterios que fueron perfectamente asumidos por el mandatario local y su grupo asesor para estimar adecuado y legal acudir a mecanismos privados de contratación.

17.10.7 Es ello lo que se advierte en el caso examinado, pues, incluso, el asesor jurídico del municipio de Suesca para la época de los hechos, Daniel Alfonso Carreño Niño, expuso que una vez asumida necesaria la adquisición de la volqueta, se adelantó una reunión con los funcionarios de la administración local, quienes adujeron que la contratación operaba por vía privada, al tanto que él consideró necesario efectuar un proceso público.

17.10.8 En similar sentido declaró José Luis Suárez Ordoñez, gerente de infraestructura y servicios públicos del municipio de Suesca para cuando se firmó el contrato, quien sostuvo que se acudió a la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001, en cuanto, determinan que el municipio en la prestación directa de servicios públicos actúa como ente privado.

17.10.9 Incluso, en el contrato mismo se anota que este se guía, entre otros, por lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con lo cual se asume que efectivamente el contratante suponía de derecho privado el régimen aplicable.

17.10.10 Así mismo, el Decreto N° 005, del 1 de febrero de 2009 *“POR EL CUAL SE ADOPTA EL MANUAL DE CONTRATACIÓN DEL MUNICIPIO DE SUESCA”*, establece, en torno del *“CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS”*, que este *“:...no estará sujeto a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, se regirán (sic) exclusivamente por las reglas de derecho privado. (Ley 142 de 1994, art. 32. Ley 689 de 2001, art. 3).”*

17.11 Para la Corte, acorde con lo anotado, es claro que el Alcalde, al igual que los demás funcionarios al servicio de la Alcaldía de Suesca, entendían de derecho privado el contrato objeto de cuestionamiento, razón por la cual no acudieron a proceso licitatorio en curso de la adquisición de la volqueta destinada a la recolección de basuras.

17.12 De manera que, asiste la razón al demandante cuando predica la completa atipicidad de la conducta atribuida a su representado y objeto de condena en segunda instancia, pues, no se cubren los elementos objetivo y subjetivo que se contienen en el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

17.13 Debe, por ello, casarse la sentencia de segundo grado para efectos de revocar la condena proferida en contra de ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO y así dejar con plenos efectos la sentencia absolutoria proferida a su favor por el a quo, aunque por razones diferentes a las consignadas en la sentencia de primer grado.

17.14 Lo resuelto respecto del cargo segundo torna innecesario examinar el tercer cargo, por elemental sustracción de materia.

Por lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

CASAR el fallo de condena proferido contra ÓSCAR NORBERTO BARRERA HURTADO. En consecuencia, se revoca la sentencia condenatoria que por el delito de contrato

sin cumplimiento de requisitos legales profirió en su contra el Tribunal Superior de Cundinamarca y cobra plenos efectos el fallo de primer grado, que lo absolvió de todos los delitos por los cuales se le acusó.

Notifíquese y cúmplase.

P e r m i s o

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria