



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada Ponente

SP185-2024

Radicación n° 58.661

CUI: 11001600000020170051001

Aprobado acta n° 018

Bogotá, D. C., catorce (14) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

La Corte dicta sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada en nombre de **MARÍA GILMA GÓMEZ SÁNCHEZ**, contra la sentencia del 26 de febrero de 2020, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Mediante esa decisión, se confirmó la declaratoria de responsabilidad de aquélla, a título de autora del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

I. HECHOS

1. La hipótesis delictiva consignada en la acusación y validada en las instancias consiste en que MARÍA GILMA GÓMEZ SÁNCHEZ, Directora de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial de Bogotá (UAERMV)¹, *tramitó y celebró* el contrato N° 638 de 2013, con *Green Patcher Colombia* (GPC) S.A.S., con inobservancia de requisitos esenciales en ambas etapas.

2. En suma, por concernir el objeto contractual al *mantenimiento* correctivo de la *mallla vial* de la ciudad mediante *reparcheo* de vías, el contrato a celebrar era de *obra pública* con selección del contratista por *licitación*. Sin embargo, la señora GÓMEZ SÁNCHEZ, *artificialmente e injustificadamente* tramitó un contrato de ciencia y tecnología, en la modalidad de transferencia tecnológica, en el que se camufló la verdadera naturaleza del objeto (obra pública) a fin de *eludir* la licitación y seleccionar directamente a GPC S.A.S., sin pluralidad de ofertas. Además, el contrato se celebró con esa sociedad, por un valor de \$11'822.000.000, con fundamento en un precario estudio de conveniencia y oportunidad, así como con elusión de un análisis serio de la idoneidad del proponente, quien evidentemente carecía de capacidad financiera y experiencia técnica para cumplir con el objeto del contrato.

2.1. Si bien el trámite contractual contó con un estudio, éste, más que ser de conveniencia y oportunidad para la

¹ Entidad que, en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación N° 009 de 2011, celebrado con el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), asumió las funciones de mantenimiento de la malla vial de la ciudad de Bogotá, D.C.

contratación del *mantenimiento de las vías de la ciudad*, en el que se tuvieran en cuenta sus particularidades, diversas exigencias técnicas y condiciones asfálticas, apenas documentó la realización de *una* demostración de reparcho con el método de inyección neumática, en una vía de uso *privado* ubicada en un batallón del Ejército Nacional (no en vía pública alguna de Bogotá), a la que fue invitado un representante de la UAERMV, sin análisis de factores trascendentales mínimos, como la calidad y durabilidad de los parches.

2.2. De igual manera, el análisis pasó por alto que la tecnología y el método ofrecido por el proponente podía ser aplicado por otras compañías, al tiempo que no se evaluaron las posibilidades de transferencia tecnológica a procesos productivos aplicados por la UAERMV. Además de no haber previsto cláusula alguna en ese sentido, se pasó por alto, pese a existir advertencias de juristas expertos en propiedad industrial, que GPC S.A.S. carecía de las licencias necesarias para ceder a la entidad el uso de la tecnología, supuestamente exclusiva y novedosa.

3. En punto de la falta de idoneidad del proponente, la directora de la UAERMV celebró el contrato con GPC S.A.S. - por \$11'822.000.000° y pactando la entrega de un anticipo del 50%- pese a i) la ínfima capacidad económica de esa sociedad, pues tenía un capital pagado de \$5'000.000; ii) el proponente carecía de experiencia habilitante específica, dado que no acreditó la celebración de contrato similar ni ejecución de obra alguna, sino que fue una sociedad creada para adjudicarle el contrato concernido, y iii) carecía de derechos de propiedad industrial sobre el método y la tecnología a aplicar, dado que

apenas ostentaba titularidad de los derechos de autor sobre *el manual* de uso de las máquinas.

4. En ese marco fáctico, el fiscal atribuyó a la señora GÓMEZ SÁNCHEZ la infracción dolosa de los principios de selección objetiva, transparencia, planeación, economía y responsabilidad. La elusión de la licitación se basó en la aplicación injustificada de los arts. 2-4 lit. e) de la Ley 1150 de 2007 y 2-5 de la Ley 291 de 1991, pese a que el contrato, que se suscribió directamente en la modalidad de ciencia y tecnología, en verdad era de obra (art. 2-1 de la Ley 1150 de 2007 y art. 32-1 de la Ley 80 de 1993), mientras que los estudios y evaluaciones necesarios fueron manifiestamente insuficientes (art. 26-3 de la Ley 80 de 1993), lo cual también influyó en la selección de un proponente sin experiencia específica ni idoneidad financiera y técnica (art. 5-1 de la Ley 1150 de 2007, art. 2.2.7. del Decreto 734 de 2012 y art. 5° de la Ley 29 de 1990).

II. ACTUACIÓN PROCESAL PERTINENTE

5. Con fundamento en los referidos hechos y agotada en debida forma la actuación preliminar², el 9 de febrero de 2017 ante el Juzgado 8° Penal del Circuito de Bogotá, la Fiscalía acusó a la señora GÓMEZ SÁNCHEZ como probable autora de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

6. La acusada optó por ejercer su derecho a ser juzgada públicamente. Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, el juez dictó la respectiva sentencia el 25 de

² La imputación tuvo lugar el 10 de octubre de 2016 en el Juzgado 55 Penal Municipal de Bogotá, ante el cual el fiscal le atribuyó a MARÍA GILMA GÓMEZ posible responsabilidad como autora del delito previsto en el art. 410 del C.P.

septiembre de 2018, por cuyo medio la declaró responsable del mencionado delito. En consecuencia, le impuso las penas de prisión por 80 meses, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 100 meses, multa de 90 s.m.l.m.v e inhabilidad intemporal (art. 122 inc. 5° de la Constitución), negándole la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. El tribunal confirmó el fallo de primera instancia en sentencia del 26 de febrero de 2020.

7. Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, admitida por la Sala. Cumplido el trámite de sustentación con pronunciamiento del censor, del fiscal delegado ante la Corte, del procurador delegado para la casación penal y del apoderado de la UAERMV, en condición de víctima, la Sala procede a dictar el fallo de rigor.

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN Y TRÁMITE DE SUSTENTACIÓN

8. De manera *principal*, el censor ataca la sentencia de segunda instancia por la vía del art. 181-2 del C.P.P. Denuncia la **violación del debido proceso y del derecho de defensa** por supuesta motivación deficiente o incompleta, en punto de las razones probatorias que soportan la declaratoria de responsabilidad penal.

9. En primer lugar, expone, el tribunal no señaló con exactitud cuáles fueron los requisitos legales esenciales inadvertidos por la acusada al momento de intervenir en el trámite contractual. En ese sentido, destaca, tampoco precisó en cuál etapa se habrían presentado las

irregularidades atribuidas a la señora GÓMEZ SÁNCHEZ, pues “*indistintamente aludió a las fases precontractual y contractual*”.

10. Además de eludir la carga argumentativa sobre la *esencialidad* de los requisitos desatendidos en el marco de alguna de las *etapas previstas* en el art. 410 del C.P., añade, hay motivación deficiente en lo que atañe a la afirmación de la conciencia que tenía la procesada sobre la ilegalidad de contratar directamente.

11. A ese respecto, el *ad quem* acudió al otrosí suscrito por las partes luego de la firma del cuestionado contrato, para inferir el dolo. Empero, ello “*se quedó en un enunciado sin motivación*”, pues simplemente etiquetó ese pacto subsiguiente de “*extraño y sospechoso*”. Más estas categorías, según el art. 381 del C.P.P., son del todo insuficientes para condenar.

12. En la misma dirección, a la hora de descartar la capacidad económica y la experiencia del contratista, en tanto requisitos habilitantes dejados de ponderar por la procesada, el *ad quem* eludió los planteamientos defensivos expuestos en la impugnación del fallo de primera instancia y, simplemente, los “*despachó de forma imprecisa e indeterminada con un ‘resulta sospechoso’*”.

13. Por su parte, prosigue, el juez de primera instancia también desconoció la exigencia de motivación suficiente, como quiera que afirmó haber valorado las pruebas a la luz de los parámetros de la sana crítica, sin individualizar los criterios (máximas de la experiencia, principios de la lógica o reglas

de la ciencia) que tuvo en cuenta para extraer conclusiones probatorias.

14. En suma, concluye, la motivación fue deficiente en lo probatorio porque los juzgadores de instancia hicieron afirmaciones sin sustento, no respondieron con suficiencia los argumentos de defensa y argumentaron con expresiones ajenas al estándar de conocimiento “*más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad penal de la acusada*”. Además, en el plano sustancial, se echa de menos la indicación de los requisitos esenciales inobservados, en determinada etapa contractual.

15. Por consiguiente, solicita que se deje sin efectos el fallo de segundo grado, a fin de que se profiera nueva sentencia con cumplimiento del principio de motivación.

16. Subsidiariamente, acusa al tribunal de haber violado **directamente** la ley sustancial, por aplicación indebida del art. 410 del CP.

17. En sustento del reclamo, luego de desarrollar el marco normativo aplicable a la contratación directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, sostiene que la conducta atribuida a la acusada es atípica, puesto que, en su criterio, se justificó debidamente la modalidad de selección directa, se efectuaron los estudios previos, se contrató con preexistencia del certificado de disponibilidad presupuestal, se acataron los principios que rigen la contratación estatal y el contrato se suscribió con las formalidades legales esenciales.

18. No obstante, cuestiona, el tribunal fundó la tipicidad objetiva en requisitos inaplicables al contrato concernido y que, además, no pueden reputarse esenciales. En ese sentido, se aplicó indebidamente el art. 7° de la Ley 29 de 1990, pues esa norma se refiere a establecimientos públicos del orden nacional, no a una entidad distrital.

19. Empero, equivocadamente, el *ad quem* reprochó el quebrantamiento del deber de someter el objeto del contrato a revisión por parte del Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales -COLCIENCIAS-, para que este rindiera concepto. Más tal deber era inaplicable a la acusada, quien fungía como directora de un instituto del *orden distrital* (UAERMV)³, sin estar sometida a un concepto previo habilitante.

20. Por otra parte, estima que el tribunal *interpretó indebidamente* el art. 2° del Decreto 591 de 1991, pues pese a que apreció el concepto emitido por COLCIENCIAS el 11 de febrero de 2014, con posterioridad a la firma del contrato (según el cual la empresa contratista ofrecía un método novedoso para Colombia), descartó que el objeto del convenio concerniera a transferencia tecnológica.

21. Ello, debido a que esa modalidad incluye varias opciones de configuración, entre ellas la aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras, que fue lo contratado para el mantenimiento de la malla vial bogotana.

22. Así mismo, asevera, la capacidad financiera y la experiencia del contratista no son requisitos legales

³ Según los arts. 106 y 107 del Acuerdo 257 de 2006 del Concejo de Bogotá.

esenciales a la contratación directa, como se extracta del art. 6° de la Ley 1150 de 2007, según el cual, en dicha modalidad de selección, no se exige el Registro Único de Proponentes.

23. Por último, puntualiza, lo mismo sucedió con el tema del pago unitario, que “*se quiso hacer ver como un requisito legal esencial*”, pese a que no existen normas que prohíban esa forma de pago en la modalidad de contratación escogida. En su criterio, el pago a precio unitario no es privativo del contrato de obra.

24. Además, destaca, tampoco puede concluirse que el contrato era de obra y, por ende, ha debido realizarse la licitación pública, porque en la normatividad aplicable a la contratación estatal no existe prohibición para adelantar bajo la modalidad de contratación directa, por la causal de desarrollo de ciencia y tecnología, reparaciones viales.

25. En consecuencia, concluye, la conducta atribuida a la acusada deviene atípica, motivo por el cual solicita casar la sentencia de segunda instancia para que aquélla sea absuelta.

26. Finalmente, en subsidio del anterior cargo, formula un último reclamo por **violación indirecta**, derivado de error de hecho consistente en *falso juicio de identidad*.

27. En ese sentido, expone, el otrosí al contrato de ciencia y tecnología N° 638 de 2013 fue apreciado de forma distorsionada por los juzgadores de instancia, pues sostuvieron que, mediante ese documento, se modificó el tipo

contractual de “*ciencia y tecnología*” a uno de “*prestación de servicios profesionales con contratación directa*”.

28. Empero, asevera, las partes únicamente modificaron las cláusulas sexta y duodécima del contrato, en punto de la forma de pago y la garantía única de cumplimiento, respectivamente, sin que por ello pueda sostenerse que el contrato se tornó en uno de prestación de servicios, como tergiversadamente se declaró probado en los fallos de instancia.

29. De ahí que, en su criterio, mal podría subsistir la conclusión probatoria cifrada en que la procesada era consciente de la ilegalidad de contratar directamente por la modalidad de ciencia y tecnología, así como que, con el otrosí, se quisieron subsanar falencias. Esto, a su modo de ver, impide afirmar la tipicidad dolosa, pues lo que quedó en evidencia es que la acusada actuó con la convicción de la viabilidad jurídica de contratar directamente.

30. No se trató de una escogencia al azar sino de una selección directa justificada y soportada en conceptos rendidos por expertos en ingeniería y en contratación estatal. Desde la perspectiva técnica, el ingeniero Luis Carlos Vázquez dio cuenta la operatividad y las ventajas de la tecnología ofrecida por el proponente para el mantenimiento vial; bajo la óptica jurídica, el doctrinante en contratación estatal Ernesto Matallana conceptuó que, por tratarse de la aplicación de una tecnología novedosa, que representaba un proceso innovativo, la UAERMV estaba autorizada para contratar directamente sin que se requirieran varias ofertas. Esto último, dice, también fue asentido por la secretaria

general de la entidad y el abogado Ernesto Rengifo García, experto en propiedad industrial, quien distinguió el método “*Velocity Patching*” -tecnología que calificó como “*exclusiva y excluyente*”-, de las demás modalidades que utilizan equipos de inyección en Bogotá.

31. Todo eso, puntualiza, ha de articularse con el concepto de COLCIENCIAS sobre la condición novedosa de la tecnología ofrecida a la UAERMV.

32. Por consiguiente, concluye, el denunciado error de apreciación probatoria incidió negativamente en la valoración conjunta de las pruebas y condujo a una errada afirmación de la tipicidad objetiva y subjetiva. Por ello, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y emitir fallo absolutorio de reemplazo.

33. La pretensión principal de nulidad y las subsidiarias, de absolución, fueron ratificadas por el censor en el trámite de sustentación, en el que reiteró los argumentos atrás sintetizados.

3.2. Posición de sujetos procesales no recurrentes.

34. El apoderado de la UAERMV, el fiscal delegado ante la Corte y el procurador delegado para la casación penal coinciden en la improsperidad del cargo por nulidad. En su criterio, es infundado sostener que la motivación fue deficiente en aspectos probatorios y sustanciales, pues coinciden en que el tribunal desarrolló una argumentación probatoria suficiente para verificar la realización de la conducta típica y la responsabilidad de la acusada; a su vez,

esta declaratoria se motivó debidamente en el plano sustancial.

35. Igualmente, el fiscal y el apoderado de la mencionada entidad destacan el carácter infundado de los dos cargos subsidiarios.

36. En cuanto a la violación directa, ponen de presente que, tratándose de mantenimiento vial, el objeto del contrato era de obra, al tiempo que en el trámite precontractual quedó evidenciada la imposibilidad de transferencia de tecnología, por cuanto el proponente, por razones de propiedad industrial, no podía ceder a la UAERMV el uso de la tecnología; aquél tampoco podía reputarse como oferente único y, según COLCIENCAS, la causal de ciencia y tecnología era inaplicable.

37. Además, a su modo de ver, la modificación del contrato por otrosí denota la intencionalidad de subsanar irregularidades, entre ellas, la nula experiencia e idoneidad del contratista, así como su incapacidad financiera.

38. Todo ello, subrayan, permitió a los juzgadores declarar probado que el cuestionado convenio fue un mecanismo ilícito para evadir la licitación y contratar directamente, por una elevada cuantía, sin que se dieran los presupuestos legales de rigor. De ahí que sea del todo aplicable el art. 410 del C.P. y que no haya motivo para trastocar el juicio positivo de responsabilidad, dado que el reproche por violación indirecta es inepto para desmontar las premisas en que se soporta la condena de la acusada.

39. En consecuencia, solicitan a la Corte no casar la sentencia impugnada.

40. Por su parte, el agente del Ministerio Público estima que los cargos subsidiarios son fundados y, por ello, la acusada ha de ser absuelta.

41. Coincide con el demandante en que, por una parte, sí hubo estudios previos que justificaran el carácter tecnológico del contrato, que en verdad constituía *“un avance en la actividad de reparcho,”* a la vez que *“no fue pacífica la posibilidad de acudir a la contratación directa”*; por otra, la ausencia de concepto previo de COLCIENCIAS no es un requisito aplicable a la procesada, por ser directora de una entidad distrital, no del orden nacional.

42. En cuanto al falso juicio de identidad, opina que se presentó, pues el otrosí en manera alguna modificó la modalidad contractual y para nada es evidente que el servicio contratado correspondiera a un contrato de obra.

43. En consonancia con tales argumentos, solicita casar la sentencia impugnada para que, en su lugar, se dicte fallo absolutorio.

IV. CONSIDERACIONES

44. En vista de la naturaleza y orden de prioridad lógica de los cargos formulados contra la unidad decisoria impugnada, la Sala sintetizará, en primer lugar, la estructura fáctico-probatoria en referencia a la cual se aplicó el juicio de adecuación típica (num. 4.1.). A partir de ello se evaluará, en

segundo término, si se presentaron las deficiencias de motivación denunciadas (4.2.1.) y, subsidiariamente, si en vista de los hechos que se declararon probados se verifica algún error de juicio normativo por aplicación indebida o interpretación errónea (num. 4.2.2.). Finalmente, de descartarse la aplicación indebida del art. 410 del C.P. por vía directa, se examinará la corrección de las fases de apreciación y valoración probatorias (num. 4.2.3.).

4.1. Fundamentos fáctico-probatorios de la declaratoria de responsabilidad.

45. De la unidad decisoria impugnada, integrada por las sentencias de primera y segunda instancia, los enunciados de hecho con referencia a los cuales se aplicó el juicio de responsabilidad por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, son los siguientes:

46. Mediante el Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006, expedido por el Concejo de Bogotá, la Secretaría de Obras Públicas se transformó en la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, con el objeto de, entre otras funciones, programar y ejecutar las *obras* necesarias para garantizar la rehabilitación y el *mantenimiento* periódico de la malla vial local.

47. La *ingeniera civil* MARÍA GILMA GÓMEZ SÁNCHEZ se posesionó como directora de esa unidad el 15 de marzo de 2012, según nombramiento efectuado por el alcalde mayor mediante el Decreto 097 de idénticos mes y año. En ejercicio del cargo ejercía la representación legal de la entidad y la

función de ordenación de gasto, con capacidad para contratar con cargo a los recursos del Distrito Capital.

48. El 18 de noviembre de 2013, *Green Patcher Colombia* (GPC) S.A.S., sociedad por acciones simplificada constituida por un solo accionista -Juan Pablo Posada- el 5 de junio de 2013, presentó a la UAERMV **oferta de servicios de obras** de mantenimiento y reparcho de vías, mediante el uso “*único y exclusivo de la tecnología de reparación de pavimentos, a través de la aplicación de mezcla asfáltica en frío, inyectada por presión neumática, conocida como Velocity Patching*”, método sobre el que dijo ser licenciataria de los derechos de propiedad industrial. En ese documento, el proponente explicó el método y sus ventajas “*operativas, ecológicas y humanas*”, así como “*la normatividad aplicable*”, aludiendo a que se trataba de un contrato *de obra*, a precios unitarios y tiempo determinado, por \$2.901.528.000, aplicación de 4.500 metros cúbicos de mezcla asfáltica con equipos *Green Patcher* y duración de 6 meses. Dos días después, el valor de la obra propuesta se redujo a \$1.727.376.336.

49. En atención a la oferta de la empresa GPC, el 20 de diciembre de 2013, la UAERMV llevó a cabo un **comité técnico de contratación**, al que, según los testigos y asistentes Olga Patricia Mendoza Navarro y Natanael Kennedy Machado, también acudieron MARÍA GILMA GÓMEZ SÁNCHEZ, Francisco Coronel Julio (Jefe de la Oficina Jurídica), María Constanza Aguja (Secretaria General) y los contratistas Ernesto Matallana (abogado especialista en contratación estatal) y Luis Carlos Vásquez (ingeniero experto en

vías), a fin de “*analizar los estudios previos y la modalidad elegida para la suscripción del contrato*”.

49.1. La reunión fue grabada y el registro de audio fue incorporado en el juicio oral. Allí se advierte que el abogado Matallana expuso las razones por las que, en su criterio, era procedente adelantar el proceso de contratación bajo la modalidad de selección directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. Sobre ese punto, algunos asistentes expresaron su preocupación manifestando que no era viable adelantar la gestión en dichos términos.

50. El 26 de diciembre de 2013 se elaboraron los **estudios previos**, contenidos en un acta suscrita por la directora GÓMEZ SÁNCHEZ, la secretaria general María Constanza Aguja, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica Olga Patricia Mendoza Navarro, el subdirector técnico de producción e intervención Carlos Montes Fernández, la directora de mejoramiento de la malla vial Ruth Mireya Fajardo Cuadrado y el ingeniero civil experto en pavimentos Luis Carlos Vázquez Torres.

50.1. Entre otros aspectos, en los estudios se describieron las características de las máquinas a través de las cuales se aplicaría el método ofrecido por el proponente, al tiempo que se fijaron las razones por las cuales resultaba más eficiente que los tradicionales, a saber, “*i) la eliminación de la excavación; ii) la mayor velocidad de llenado de los huecos; iii) el uso de emulsión asfáltica permite trabajar en condiciones de humedad; iv) el equipo realiza la limpieza del*

hueco y v) la forma de aplicación elimina la necesidad de compactación”.

50.2. Con fundamento en esas observaciones, en el documento se concluyó que el procedimiento de parcheo ofrecido por GPC se ajusta al concepto de *transferencia tecnológica*, por cuanto comprende “*la aplicación de una nueva tecnología extranjera*”, al tiempo que implica *innovación*, toda vez que “*es un proceso social basado en la producción e intercambio de conocimiento entre múltiples actores, internos y externos a las organizaciones*”.

50.3. Como soporte de los estudios previos, la acusada incorporó al proceso de contratación el concepto del 16 de diciembre de 2013, en el que el ingeniero civil especialista en vías Luis Carlos Vázquez Torres aseguró que el método denominado “*Green Patcher*”, probado el 31 de octubre de ese año en el batallón de artillería General Francisco Landazábal, “*era novedoso para Colombia y ofrecía numerosos beneficios que agilizarían el mantenimiento y rehabilitación de la malla vial de la ciudad*”.

50.3.1. Según el ingeniero Vázquez Torres, el método en cuestión i) simplifica el proceso de preparación del área de reparación, pues se elimina la excavación y corte de la carpeta para darle forma geográfica regular; ii) presenta mayor velocidad de llenado de los huecos; iii) el uso de emulsión asfáltica permite trabajar en condiciones de humedad que no son aptas para las mezclas en caliente; iv) el equipo realiza la limpieza del hueco eliminando la basura y las partículas sueltas, aplicando aire a presión sin necesidad de herramientas manuales; v) se elimina la

necesidad de compactación y nivelación posterior a la aplicación de la mezcla y vi) el equipo funciona con características especiales en la granulometría conforme a la calidad de los parches.

50.4. También se integró al expediente contractual el concepto del 26 de diciembre de 2013, rendido por el abogado Ernesto Matallana Camacho, quien ratificó su posición expuesta en el comité técnico en el sentido de avalar el proceso de contratación de forma directa, bajo la modalidad de ciencia y tecnología. Destacó que, dadas las características de la tecnología ofertada y teniendo en cuenta que ésta no se había aplicado en Bogotá, resultaba procedente contratar sin la obtención previa de ofertas, pues se trataba de transferencia de nuevas tecnologías y de innovación de un “proceso productivo”, en concordancia con el art. 3.4.2.3.1. del Decreto 734 de 2012 y el art. 2° del Decreto 591 de 1991.

50.4.1. Enfatizó en las facultades de la entidad relacionadas con el fomento de la investigación científica y tecnológica en materia de mantenimiento y rehabilitación de la malla vial y que, en ejercicio de ellas, se encontró un *“modelo constructivo que propone la aplicación de mezclas en frío para realizar obras de parcheo mecanizado con tiempos más eficientes que el normalmente utilizado”*. Además, resaltó que, según la propuesta de GPC, radicada el 18 de noviembre de 2013, esa sociedad *“afirma ser”* la licenciataria en exclusiva de los derechos de propiedad intelectual, industrial y de autor sobre el método y la tecnología ofrecidos.

50.5. No obstante, sobre ese último particular, al trámite *contractual* se incorporó un concepto en sentido contrario, elaborado por el abogado Juan David Castro García, especialista en propiedad intelectual e industrial, aspecto sobre el cual advirtió: “*en lo que se refiere a las marcas y derechos empresariales (know how) invocados por la sociedad Velocity UK y GPC S.A.S. en la documentación suministrada, dichos derechos no disponen de fuerza legal en nuestro país por falta de registro, en el caso de la marca, y por falta de confidencialidad en punto del secreto empresarial*”.

50.5.1. Así mismo, resaltó que el proponente (GPC S.A.S.) solo ostentaba la titularidad de los derechos de autor sobre *el manual* de utilización de los equipos, lo cual únicamente le permitiría impedir la reproducción de ese documento, pero no autorizar a terceros para que utilicen el método, lo cual implica que no tienen la exclusividad sobre su uso y, por ende, tampoco pueden ser considerados oferentes únicos, pues con dicha finalidad debían acreditar que ostentan la titularidad de la patente internacional. Sobre el particular, textualmente expresó: “*con la información que se ha suministrado hasta el día de hoy, la sociedad GPC...al no ser titular de los derechos exclusivos de propiedad intelectual necesarios para proveer el servicio relativo al contrato en cuestión [de los cuales dispone Velocity UK], no sería posible considerarla como oferente único al tenor del art. 3.4.2.4.1. del Decreto 734 de 20123*”.

50.6. En cuanto a los requisitos habilitantes, se hicieron exigencias al proponente, quien en cumplimiento de ello, entre otros documentos, aportó al trámite el “*letter head paper Velocity UK*”, indicativo de que esta compañía inglesa

“autoriza y designa en forma exclusiva GPC para que lleve a cabo el uso exclusivo de todos los derechos de propiedad industrial e intelectual...para el propósito de ejecutar trabajos de obra pública de mantenimiento y reparación de calles a través de los equipos Velocity”, así como el certificado de existencia y representación legal N° 000355, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, en el que consta, por una parte, que el objeto de la sociedad colombiana es el de “ejercer actividades de construcción, diseño, planeación, estructuración, ejecución y realización de Obras Públicas y privadas, pavimentación y reparcho de vías, autopistas y carreteras principales y secundarias, bien sean públicas en concesión o privadas”; por otra, que el capital pagado es de \$5’000.000.

51. Con esa información, la directora MARÍA GILMA GÓMEZ suscribió el acto administrativo de justificación de la contratación directa, aduciendo que se acogería el método propuesto por la empresa GPC, por cuanto se utilizaría una tecnología que no había sido aplicada en Bogotá, siendo viable la selección directa en consonancia con el Decreto 591 de 1991, en vista de que se ofrecía una tecnología extranjera novedosa, así como *“el desarrollo de un proyecto de innovación basado en la producción e intercambio de conocimiento entre múltiples actores”*.

51.1. Así, la acusada aprobó la celebración del convenio, en la consabida modalidad de selección (proceso contractual por selección directa con la finalidad de desarrollar actividades científicas y tecnológicas, con fundamento en el art. 2° num. 4°, lit. e de la Ley 1150 de 2007) y, en conjunción con la secretaria general de la entidad, ordenó la elaboración de la

minuta a la asesora jurídica Olga Patricia Navarro, quien procedió a ello habiendo revisado los estudios previos y el acto de justificación, enfatizando en que dichos tópicos ya habían sido decididos por las prenombradas funcionarias.

52. En consecuencia, el 27 de diciembre de 2013 se suscribió el Contrato N° 683 entre la UAERMV, representada por María Gilma Gómez Sánchez, en calidad de directora general, y Juan Pablo Posada Arciniegas, gerente general encargado de la *Green Patcher* Colombia S.A.S., con el objeto de “*aplicar la tecnología de parcheo por inyección a presión neumática, para acciones de movilidad en la malla vial de la ciudad de Bogotá*”, por valor total de \$11.822.552.148, con un plazo de ejecución de 6 meses. Como fecha de inicio, se pactó el 2 de febrero de 2014.

53. Sin embargo, llegado ese día, no se había iniciado la ejecución del contrato, debido a supuesta imposibilidad de GPC para constituir la garantía de cumplimiento del contrato “*de ciencia y tecnología*”, por lo que propuso “*que se variara la garantía única*” y se exigiera “*el amparo de la calidad del servicio*”.

53.1. Con esa justificación, las partes suscribieron el otrosí N° 1, a través del cual, según el *a quo*, modificaron i) en su esencia la causal de contratación, “*de transferencia o innovación de actividades científicas o tecnológicas a prestación de servicios profesionales*”; ii) la cláusula sexta, concerniente la forma de pago del valor, que pasó de ser global a unitario, y iii) la cláusula duodécima, relacionada con las garantías.

53.2. Hechos esos cambios, el 13 de marzo de 2014 se suscribió el acta de inicio del contrato, en el que se designó a la acusada como supervisora del proyecto.

54. Con ese trasfondo fáctico, extraído de la apreciación de pruebas documentales y testimoniales, el juez de primera instancia concluyó que, en efecto, la procesada tramitó y celebró el cuestionado contrato inobservando requisitos legales esenciales. Tal aserto fue soportado en las siguientes razones:

54.1. Si bien en la etapa *precontractual* se seleccionó al proponente GPC por la vía directa, bajo el entendido que el método de reparcheo por ellos ofrecido permitía el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, tal justificación es insostenible y, en el fondo, fue un mecanismo para evadir la licitación que exigía el respectivo contrato de obra, que fue inicialmente consignado en la propuesta.

54.2. La procesada, se extrae de la sentencia de primera instancia, debió saber que el proponente no ostentaba la titularidad del método de reparcheo, sino que apenas era un licenciataria, según se advierte en el *letter head paper Velocity UK*, en el que se indica que la compañía inglesa autorizaba a GPC *para el uso* de los derechos de propiedad industrial e intelectual, no para transferir la tecnología. En ese sentido, puntualiza, el titular de tal prerrogativa era la compañía extranjera, no GPC, por lo que solo aquella estaba facultada para ofrecer y realizar la transferencia de tecnología en cuestión, como lo recalcó el abogado experto en propiedad industrial.

54.3. Ello se constata, según la sentencia de primera instancia, en el certificado de existencia y representación legal N° 355, aportado por GPC al trámite precontractual, en el que se advierte que esa sociedad estaba autorizada para desarrollar y ejecutar obras viales, no para transferir tecnología alguna.

54.4. Además, la celebración del contrato por vía directa estuvo precedido de unos estudios previos precarios e insuficientes, debido a que se pretermitió la irrisoria capacidad financiera del proponente, así como su ausencia de experiencia específica en el tipo de prestación ofrecida.

54.4.1. Respecto al primer factor, con la documentación aportada el 26 de diciembre de 2013 por el proponente, en el marco de la etapa precontractual, aquél apenas acreditaba un capital de \$5.000.000; en cuanto al segundo aspecto, el método propuesto, incluidos los materiales de la mezcla asfáltica y la maquinaria, no habían sido aplicados por GPC dentro ni fuera del territorio nacional.

54.4.2. El 31 de octubre de 2013 se utilizó la máquina bacheadora en las instalaciones del batallón de artillería General Francisco Landazábal, como lo relató el ingeniero Luis Carlos Vásquez Torres. En el juicio, este testigo aseveró que presenció la aplicación de la mezcla de asfalto en frío sobre algunos huecos del lugar; también describió el proceso de bacheo a través de un solo mecanismo operado por un funcionario encargado de la limpieza y aplicación del material en el lugar afectado, el cual se acomodaba a las condiciones de profundidad y tamaño, así como al clima, pues sin importar si estaba lloviendo o no, era posible su utilización.

Igualmente, aseveró que para la ejecución de dicha actividad no se requerían más de tres minutos y tampoco el cierre de vías, pues con el paso de los vehículos la mezcla se amoldaba al hueco. Para el ingeniero Vásquez Torres, el método observado ese día era novedoso en el país, motivo por el cual emitió uno de los conceptos técnicos que soportaron el convenio.

54.4.3. Sin embargo, en criterio de los juzgadores de instancia, el concepto rendido por el prenombrado profesional, así como la demostración de uso de la máquina y el método ofrecidos por GPC se ofrecen insuficientes y carentes de rigor para satisfacer las exigencias de la contratación estatal.

54.4.4. En primer lugar, por cuanto, como el mismo testigo aclaró, la medición que aplicó para fundamentar su concepto técnico lo hizo “*con un reloj, sin determinar la velocidad y sin haber seguido un proceso científico o tecnológico*”, sin que tampoco hubiera realizado medición de volúmenes.

54.4.5. En segundo término, el documento denominado “*estudios previos*” también muestra la precariedad del análisis de conveniencia y oportunidad que debió haber sido realizado por la administración, pues la técnica *Velocity Patching* ni siquiera fue probada en el pavimento de las vías públicas de la ciudad, factor del todo relevante para verificar su viabilidad y utilidad.

54.5. Aunado a lo anterior, como destacó el *ad quem*, en el comité técnico de contratación del 20 de diciembre de

2013, del cual participó la acusada, quedaron dudas sobre la viabilidad de acudir a la contratación directa por ciencia y tecnología, pues pese al concepto favorable dado por el abogado Matallana, varios asistentes calificaron esa opción como inviable y “kamikaze”, tanto así que visualizaron escenarios de intervención *penal* por contratación sin requisitos legales.

54.5.1. En ese sentido, el testigo Natanael Kennedy Machado, asesor externo de la UAERMV, declaró que asistió a la reunión y se abstuvo de recomendar la suscripción del acuerdo bajo dicha modalidad. Además, el *a quo* recalcó, la procesada sabía del concepto rendido por el abogado Castro García, quien desde la perspectiva de la propiedad industrial advirtió que no era procedente la contratación directa por la causal de ciencia y tecnología, en vista de la ausencia de derechos del proponente sobre el método ofrecido.

54.5.2. Ese aspecto, el juez puntualizó, impedía transferir tecnología o innovación, pues, como lo ratificó el concepto sobre el componente de ciencia y tecnología emitido por COLCIENCIAS el 11 de febrero de 2014, el proceso de transferencia se estableció entre Velocity UK y GPC (licenciataria), no con la UAEMRV, entidad que no podrá aplicarla por sus propios medios, pues para ello se requiere “*incorporar actividades que permitan la generación de capacidades, bien en la UMV o en la comunidad académica y científica de la ciudad para la prestación del servicio de vías aplicando la tecnología en cuestión*”.

54.5.3. En ese concepto también se indicó que, si bien se trataba de un método novedoso para el entorno

colombiano, no podía ser considerado un proceso de transferencia de tecnología y tampoco un proyecto de innovación, dado que se encuentra en fase de comercialización por parte de la firma licenciataria de la tecnología.

54.5.4. Lo cierto a ese respecto es que, para el juez, la administración no puede aplicar el método de parcheo por inyección de presión neumática en la malla vial de Bogotá ni utilizar la máquina bacheadora, pues no adquirió los derechos sobre el método ofrecido por GPC, pese a que, por una parte, el num. 7.1.4.1. del Manual de Contratación de la UAERMV del 22 de mayo de 2013 habilitaba la contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; por otra, la Unidad contaba con una planta de producción de concreto y ejercía procesos productivos, teniendo entonces la posibilidad de adquirir tecnología o innovación para aplicarlas por sí misma.

54.6. Por otra parte, la carencia de fundamento para justificar la contratación directa, se enfatiza en el fallo de primer grado, también estriba en que, para la reparación de capas de rodadura en pavimentos, a nivel mundial existía oferta de diferentes marcas y equipos para reparar con máquinas bacheadoras, como las ofrecidas por GPC. Así lo corroboraba el documento elaborado por el IDU y la UAEMRV en agosto de 2013, del que se extracta que si bien en esa época no se identificaban en el país proyectos que utilizaran maquinaria con las características descritas, sí se encontraron en Colombia empresas (entre ellas, *Jetpatcher* México y *Aguilar Construcciones*) dedicadas a la venta y distribución de equipos de inyección, también conocidos

como máquinas bacheadoras. Incluso, en el juicio, un empleado de esa última compañía aseveró que cuentan con una máquina idéntica a la denominada *Velocity Patching*.

54.7. En suma, pese a tratarse de la ejecución de una *prestación* característica de una obra pública (art. 32-1 de la Ley 80 de 1993), no contarse con estudios de conveniencia y oportunidad rigurosos, carecer el proponente de habilitación legal para transferir tecnología a la UAEMRV, tratarse de un proponente sin capacidad financiera ni experiencia específica y existir evidencia de que el servicio ofrecido no comportaba una tecnología única, pues había más oferentes en el mercado, la acusada decidió omitir la licitación pública y celebró el contrato por la vía directa -sin tampoco haber pactado cláusula alguna de transferencia tecnológica-, quebrantando los principios de economía, transparencia, responsabilidad y selección objetiva, comoquiera que impidió a otros oferentes presentar sus propuestas y, a la postre, a la ciudad obtener un mejor resultado en el mantenimiento de la malla vial.

54.8. Tal conclusión, para los juzgadores de instancia, se *refuerza* con la suscripción del otrosí el 17 de febrero de 2014, acto jurídico *indicativo* de las irregularidades cometidas, así como de la intención de subsanarlas por las partes. Para el tribunal, con ese proceder, “*modificativo de la causal de contratación a prestación de servicios*”, de la forma de pago a precios unitarios (según el *a quo*, prevista en los contratos de obra) y las garantías, se corrobora que la acusada era consciente de que la justificación para contratar directamente era aparente e ilegal, lo que quiso corregir equivocada y tardíamente, causándole perjuicios a la administración y a la ciudadanía.

54.9. Asimismo, en criterio del *a quo*, es claro que la procesada actuó con dolo al avalar indebidamente el trámite contractual por selección directa y firmar el contrato por “*ciencia y tecnología*”, descartando la hipótesis defensiva cifrada en que la ingeniera GÓMEZ SÁNCHEZ actuó convencida de la licitud de su actuar, basada en el concepto jurídico rendido por el abogado Ernesto Matallana.

54.9.1. Esa incursión en error queda en el vacío por cuanto la acusada i) había sido advertida por varios de sus asesores y participantes en la etapa precontractual de la inviabilidad de contratar directamente; ii) conocía de primera mano la incapacidad financiera del proponente y su falta de experiencia específica, dado que participó del comité de contratación y allí se abordaron esos tópicos; iii) en esa reunión, resaltó el tribunal, varios participantes “*maquinaban*” posibles explicaciones a eventuales requerimientos de la Fiscalía en una investigación penal y iv) “*extrañamente*”, al poco tiempo de suscrito el convenio, acudió a otrosí para “*modificar la causal de contratación a una de prestación de servicios*”, actuar compatible con el querer subsanar las impropiedades con que se tramitó y celebró.

54.9.2. Mas pese a todas las dudas que surgieron en el trámite precontractual sobre la viabilidad de seleccionar directamente al contratista, enfatizó el *a quo*, la directora GÓMEZ SÁNCHEZ se abstuvo de consultar a COLCIENCIAS, autoridad competente para esclarecer las inquietudes sobre el particular. Incluso, *el tribunal fue más allá*, pues consideró que, al tenor de los arts. 5° y 7° de las Ley 29 de 1990, modificada por la Ley 1286 de 2009, en los contratos de

desarrollo de actividades científicas y tecnológicas existe un “*deber de someter previamente el objeto del contrato a revisión por parte de COLCIENCIAS*” para que, en ejercicio de sus funciones y conocimientos científicos, dicho fondo rinda concepto al respecto. Empero, enfatiza, ese mandato fue omitido por la procesada, quien despreció la institución científica y prefirió respaldar su decisión en el concepto de un abogado inexperto en esos temas.

54.9.3. Sobre ese particular, el *ad quem* puso de presente que al juicio se incorporó el concepto de COLCIENCIAS sobre el componente de ciencia y tecnología del 11 de febrero de 2014, en relación con el contrato concernido. Allí se indicó que, si bien el método ofrecido por el contratista era novedoso para Colombia, “*no podía ser considerado un proceso de transferencia y tecnología, ni mucho menos de innovación, toda vez que se encuentra en fase de comercialización por parte de la firma licenciataria*”. De ahí que se incumplieran las exigencias del art. 2-4 lit. e) de la ley 1150 de 2007.

55. Con ese trasfondo fáctico-probatorio fue que los juzgadores de instancia validaron la hipótesis delictiva, consistente en la infracción dolosa de los principios de selección objetiva, transparencia, planeación, economía y responsabilidad. La elusión de la licitación, en tanto requisito esencial de trámite, derivó de la aplicación injustificada de los arts. 2-4 lit. e) de la Ley 1150 de 2007 y 2-5 de la Ley 291 de 1991, pese a que el contrato, que se *suscribió* directamente en la modalidad de ciencia y tecnología, en verdad era de obra (art. 2-1 de la Ley 1150 de 2007 y art. 32-1 de la Ley 80 de 1993), mientras que los estudios y evaluaciones

necesarios -también formalidades precontractuales- fueron manifiestamente insuficientes (art. 26-3 de la Ley 80 de 1993), lo que también influyó en la selección de un proponente sin experiencia específica ni idoneidad financiera y técnica (art. 5-1 de la Ley 1150 de 2007, art. 2.2.7. del Decreto 734 de 2012 y art. 5° de la Ley 29 de 1990).

4.2. Resolución de los cargos.

4.2.1. Sobre la motivación deficiente.

56. De acuerdo con los arts. 181-2 y 457 inc. 1° del C.P.P., en el ámbito de la casación es causal de nulidad el desconocimiento del *debido proceso* por afectación sustancial de su estructura o la violación de la garantía fundamental a la *defensa*.

57. De otro lado, la declaratoria de nulidades se rige por los principios concurrentes -no alternativos- de taxatividad, *acreditación*, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y *residualidad* (CSJ AP 9 mar. 2011, rad. 32.370 y AP 30 nov. 2011, rad. 37.298).

58. En ese marco, como pasa a exponerse, la nulidad alegada es improcedente, pues el denunciado yerro de garantía (motivación deficiente) es del todo infundado (no se acredita). De la reconstrucción de los pilares argumentativos de la decisión impugnada salta a la vista que la declaratoria de responsabilidad de la acusada, como autora de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para nada carece de razones que soporten las conclusiones fácticas y normativas en ella fijadas. En ese aspecto, no es dable catalogar la

motivación como deficiente, por cuanto la argumentación que justifica la declaratoria de responsabilidad atiende el principio de *razón suficiente*.

59. A una adecuada argumentación la determinan una cierta estructura, la calidad de las premisas, la manera como ellas se relacionen con la conclusión, el alcance de ésta y, desde luego, la observancia de ciertos parámetros lógicos. De manera que argumentar con adecuación no implica que se pongan todas las razones habidas y por haber para llegar a la conclusión, lo cual, inclusive, puede tornar en sospechosa la solidez del discurso.

60. Por ello, uno de los principios que en argumentación ha de observarse es el de *razón suficiente*, lo que significa que la razón o razones que sustentan la conclusión no se ofrezcan a medias; pero tampoco se trata de aducir premisas que sobren, sino, como lo dice el principio, que basten para soportar una determinada conclusión.

61. La Corte (CSJ AP 27 ago. 2014, rad. 44.036) ha clarificado que una afirmación debe ser capaz de sustentarse o explicarse por sí misma. Expresado en términos de lógica formal, “*si algo existe, [debe haber] una razón o explicación suficiente de su ser*” o bien, de manera correlativa, “*si no hay una razón o explicación suficiente para que algo sea, entonces [ese algo] no existirá*” (CSJ AP3723-2018, rad. 48.636).

62. Por ello, la solidez de una argumentación depende de que ésta se soporte en un número mínimo de razones que, con plausibilidad, lo justifiquen. De ahí que, como tiene dicho la jurisprudencia (CSJ SP 26 oct. 2011, rad. 34.491), el

principio de *razón suficiente* se viola cuando el argumento judicial *no se basta a sí mismo* para justificar determinada conclusión.

63. Pues bien, al contrastar la estructura argumentativa reconstruida en el título 4.1. *supra* con las supuestas deficiencias señaladas por el censor, se evidencia la impropiedad del reclamo, pues en manera alguna es dable pregonar la *in-suficiencia* de las conclusiones fijadas por el *ad quem* al ratificar los argumentos del *a quo*, que soportan la declaratoria de responsabilidad.

63.1. Preliminarmente ha de precisarse, por una parte, que la sentencia de segunda instancia no es una entidad aislada e independiente, sino que se integra al fallo de primer grado (unidad decisoria); por otra, que toda apelación comporta un ejercicio dialéctico, en el que la tesis es la providencia recurrida; y la antítesis, la impugnación. De esa contradicción, corresponde extraer la síntesis de tal antagonismo, que será la decisión del recurso en segunda instancia.

63.2. Se hace referencia a ello para precisar al censor que el fallo de segundo grado no puede entenderse como una decisión en la que se aplica un *nuevo* juicio de responsabilidad. Si en primera instancia se condenó al procesado, el *ad quem* habrá de examinar la corrección de las razones en que se funda tal determinación, en respuesta a las razones de refutación planteadas por el impugnante.

63.3. Desde esa perspectiva, en primer lugar, no es cierto que la afirmación de la tipicidad *objetiva* carece de la fijación

de las premisas normativas pertinentes, en punto de las *etapas contractuales* susceptibles de reproche penal por vía del art. 410 del C.P. y del carácter *esencial* de los requisitos legales cuya inobservancia se atribuyó a la acusada.

63.3.1. En la sentencia de primera instancia, previamente a abordarse el escrutinio probatorio con base en el cual se declararon probados determinados hechos, el juez determinó los preceptos normativos a la luz de cuales aplicaría el juicio de adecuación típica. Así, de la mano de la jurisprudencia contencioso-administrativa (CE, Secc. 3ª, sent. 29 feb. 2012, exp. 19.371), clarificó, de un lado, que el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales recae sobre las etapas de tramitación, celebración y liquidación, al tiempo que definió cada una de esas fases; de otro, con soporte en la jurisprudencia penal (CSJ SP8292-2016, rad. 42.930 y SP17159-2016, rad. 46.037) determinó que uno de los criterios de identificación de la esencialidad de los requisitos legales aplicables en la contratación estatal son los principios rectores de ésta.

63.3.2. En consonancia con ello fue que el *a quo* estimó quebrantadas las máximas de transparencia, selección objetiva, economía y responsabilidad en la fase precontractual, por haberse i) acudido injustificadamente a la contratación directa, eludiendo el deber de licitar los servicios de mantenimiento de la malla vial (obra pública); ii) elaborando unos estudios de conveniencia y oportunidad precarios y iii) seleccionado a un proponente inidóneo, por falta de capacidad financiera y experiencia específica. Todo ello, con incidencia en la efectiva celebración de un contrato

de ciencia y tecnología, sin los presupuestos legales pertinentes.

63.3.3. De suerte que es insostenible la alegada “*elusión de la carga argumentativa*” sobre tales aspectos definitorios de la tipicidad objetiva, pues este juicio fue aplicado con fijación de las premisas normativas de rigor y, en consonancia, se aplicó la correspondiente subsunción. El tribunal no tenía por qué repetir la determinación de dichos contenidos *normativos* (generales y abstractos), máxime que la impugnación no planteó atipicidad por concernir los requisitos inobservados una etapa contractual no prevista en el art. 410 del C.P. ni porque alguno de ellos careciera del carácter esencial, sino debido a que, en esencia, hubo yerros de apreciación y valoración probatoria que, para la defensa, implicaron una errada comprensión del objeto contractual, como de obra, cuando se trataba de aplicación de tecnología.

63.4. En segundo orden, frente a la conciencia que tenía la procesada sobre la ilegalidad que comportaba contratar directamente con GPC, el reclamo es igualmente infundado, por cuanto el dolo no se concluyó exclusivamente de la suscripción del otrosí, ni porque ese acto hubiera resultado extraño y sospechoso. No. En ese aspecto, la censura recorta y omite los fundamentos probatorios que llevaron a inferir que la ingeniera GÓMEZ SÁNCHEZ sabía que era injustificado contratar directamente y, aun así, procedió de esa manera.

63.4.1. Para los juzgadores de instancia, la celebración de ese pacto modificatorio del contrato es apenas *un hecho ratificadorio* de las irregularidades que ya venían

presentándose desde la fase precontractual y que, precisamente, se explica por el trámite irresponsable, falta de transparencia y fraudulento con el que se seleccionó al contratista. Ese dolo se infirió, *además*, i) del conocimiento que la acusada tenía sobre la imposibilidad de transferir tecnología por ausencia de derechos plenos de propiedad industrial; ii) de las evidentes inexperiencia e incapacidad económica del proponente, quien contaba con un irrisorio capital; iii) de las advertencias de varios asesores sobre la inviabilidad de contratar directamente por la causal de ciencia y tecnología -aspectos expuestos en el comité de contratación- y iv) de la información que la directora tenía sobre la existencia de otras empresas que ofrecían el servicio de reparcho con máquinas bacheadoras y equipos de inyección, según lo documentaron conjuntamente el IDU y la UAEMRV.

63.4.2. Tales razones, valoradas y articuladas en un solo tejido, fueron las que llevaron a declarar probado en un grado de conocimiento más allá de toda duda la tipicidad subjetiva dolosa, no la artificiosa y recortada afirmación del censor, en el sentido que se acudió a la categoría de “*sospecha*”, como si ese hubiera sido el estándar de conocimiento aplicado para acreditar el dolo.

63.5. Como tercera medida, no es cierto que el tribunal hubiera eludido los planteamientos defensivos expuestos en la apelación, en lo que atañe a la capacidad económica y la experiencia del contratista, ni que los hubiera “*despachado de forma imprecisa e indeterminada*”. A ese respecto, el defensor cuestionó que se hubiera inobservado, por una parte, que *Green Patcher* Latinoamérica S.A. y *Velocity*

Patching UK eran socias de GPC y habían aplicado la tecnología en cuestión en México e Inglaterra; por otra, que el capital “social” de esta última sociedad se incrementó el 25 de noviembre de 2013. Esto, según se advierte en los certificados de cámara de comercio N° 01753402, 0178821, 01786782 y 01786244.

63.5.1. A esos planteamientos, aunque adversa a los intereses del defensor, el *ad quem* dio respuesta congruente y suficiente, cifrada en que “a pesar de que el recurrente alegue que solo se hizo alusión al certificado de existencia y representación legal aportado por el fiscal, expedido en octubre de 2013, en el que efectivamente se verifica un capital pagado de \$5’000.000, y no las modificaciones a dicho certificado, lo cierto es que, al momento en que se suscribió el contrato 638 de 2013, ese fue el presupuesto que **ofreció** Green Patcher Colombia S.A.S. para una obra de \$11.822.552.148, lo que resulta incoherente y sospechoso”.

63.5.2. Es que, como ya había advertido el *a quo*, el proponente aportó al trámite contractual, entre otros documentos, el certificado de existencia y representación legal N°000355, en respuesta a los requerimientos de la entidad, consignados en los estudios previos. De donde se sigue que ese certificado fue el que tuvo a su alcance la procesada a la hora de seleccionar al proponente como contratista, no los incorporados al proceso penal tiempo después. A esa razón subyace el desenfoque de lo alegado por el censor, como se extrae del razonamiento del tribunal.

63.6. Por último, si bien, como *preludio* a la valoración de las pruebas, el juez indicó que el escrutinio tendría lugar

acatando las reglas de la sana crítica, ello no quiere decir que tal proceso se efectuó arbitrariamente ni que las pruebas se valoraron a la luz de vacuas etiquetas, por fuera de parámetros racionales. La reconstrucción de la estructura probatoria de la decisión impugnada muestra todo lo contrario, esto es, que las múltiples premisas fácticas fueron estructuradas de una forma sistemática que, valorada articuladamente, permitió a los juzgadores constatar con suficiencia la infracción a requisitos legales esenciales de trámite y celebración del contrato, así como inferir el actuar doloso de la procesada. Cuestión distinta es que, en ese análisis, pueda presentarse algún error por falso raciocinio, derivado de la infracción de principios lógicos, máximas de experiencia o reglas científicas, lo cual corresponde analizar por la vía de la violación indirecta, no por motivación deficiente.

63.7. Por consiguiente, el cargo principal es impróspero, dado que no se acredita el yerro procesal denunciado, motivo por el cual se procede al examen del primer cargo subsidiario.

4.2.2. Escrutinio del juicio de adecuación típica en el ámbito de la violación *directa* de la ley sustancial.

64. A fin de resolver adecuadamente los cuestionamientos de aplicación normativa y hermenéutica derivados del cargo en cuestión, sin perjuicio de que los juzgadores hubieran fijado premisas pertinentes en punto de las fases de la contratación y la esencialidad de los requisitos legales a ellas inherentes, en referencia al art. 410 del C.P., la Sala reorganizará el marco conceptual de resolución, acorde con las estructuras depuradas por la más reciente

jurisprudencia de la Corte (cfr., entre otras, CSJ SP004-2023, rad. 62.766). Luego de ello, analizará las particularidades del caso bajo examen a la luz de tales preceptos.

4.2.2.1. Premisas generales de resolución.

65. Según el art. 410 del C.P., el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones *tramite* contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo *celebre* o *liquide* sin verificar el cumplimiento de estos, incurrirá en pena de prisión.

66. Por ser un tipo penal en blanco, la delimitación del ámbito de aplicación de la norma, así como la definición de los respectivos ingredientes normativos de la descripción típica han de precisarse a la luz de la normatividad aplicable a la contratación estatal. Ello comporta, en consonancia con los principios constitucionales que rigen la función administrativa (art. 209 inc. 1° Const. Pol.), su integración por vía de remisión normativa con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (*Ley 80 de 1993*) y demás normas especiales que lo complementen⁴. Tales preceptos normativos pueden ser extraídos de otras leyes, decretos y reglamentaciones administrativas, sin que ello contraríe el ordenamiento superior. Eso sí, siempre y cuando sean preexistentes a la realización de la conducta y resulten suficientes para determinar, de manera clara e inequívoca, los aspectos faltos de definición en la descripción típica (CSJ SP 14.04.2014, rad. 39.852).

⁴ Sobre la constitucionalidad del reenvío normativo en el proceso de integración de los tipos penales en blanco, cfr., entre otras, C. Const. C-559/99, C-739/00, C-1490/00, C-333/01, C-917/01, C-605/06, C-121/12 y CSJ SP 19.12.2000, rad. 17.088.

A) Criterio de esencialidad del requisito contractual.

67. 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. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre 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, en tanto concreción de la función administrativa.

68. A fin de identificar cuáles requisitos pertenecen a la *esencia* del contrato estatal, son aplicables tres criterios, complementarios entre sí, que se extraen tanto de la teoría *general* del negocio jurídico como de los postulados rectores del Estatuto de Contratación Estatal (CSJ SP17159-2016, rad. 46.037).

69. El primero de ellos se basa en los arts. 1501 y 1741 del C.C. Conforme a la primera de estas normas, son de la *esencia* de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente. Son de su naturaleza las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. Por su parte, el art. 1741 inc. 1° *ídem* señala que la nulidad absoluta de un contrato deriva de

un objeto o causa ilícita o la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos contratos, en consideración a su naturaleza.

70. El segundo criterio se fundamenta en las causales de nulidad absoluta del contrato *estatal*, previstas en el art. 44 de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con esta norma, será esencial la formalidad cuyo incumplimiento comporta ineficacia absoluta del contrato cuando, entre otras razones, éste se celebre i) con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; ii) contra expresa prohibición constitucional o legal y iii) con abuso o desviación de poder.

71. Sobre el particular, la Sala (CSJ SP 25 dic. 2013, rad. 35.344) puntualizó:

No toda infracción de un requisito de legalidad, por vía de acción o de omisión, constituye desconocimiento de los requisitos esenciales del contrato, y para la identificación de éstos el operador judicial debe atender dos aspectos: de una parte, acudir a la teoría general de los negocios jurídicos para aplicar los criterios que determinan la ineficacia, la inexistencia y la nulidad del acto, ya que con estos se sanciona la pretermisión de una exigencia trascendental dispuesta por el legislador para el respectivo negocio; y de otro, complementario del anterior, aplicar a cada uno de los momentos contractuales (tramitación, celebración, ejecución y liquidación) los principios tutelares vinculantes, inderogables e improrrogables de la contratación Estatal.

En relación con los criterios de nulidad, la Ley 80 de 1993 consagra sus propias causales, y en el artículo 44-2 prevé como motivo de invalidación absoluta, celebrar contratos contra expresa prohibición constitucional y legal, precepto de trascendental importancia, pues además de remitir a las exigencias constitucionales inherentes a la contratación administrativa, que naturalmente no pueden ser obviadas por servidor público alguno, enlaza con lo dispuesto en el artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993, en el que se prohíbe a las autoridades responsables de la contratación obrar con

desviación o abuso de poder y eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en ese Estatuto.

72. En tercer término, como complemento de las anteriores pautas, un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los *principios rectores* de la contratación estatal. Sobre esa base, la jurisprudencia⁵ tiene dicho que las máximas constitucionales y legales que gobiernan la contratación administrativa 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* (arts. 23 al 26 y 29 de la Ley 80 de 1993).

73. Sobre la incorporación de los principios que rigen la contratación con el Estado a los tipos constitutivos de celebración indebida de contratos, la Sala ha expresado:

Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, sí es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, *desentrañar* cuáles son esos requisitos legales esenciales *con apoyo* en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993.

⁵ En este sentido se ha expresado la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia (CSJ SP, 19 dic. 2000, rad. 17088), así como la Corte Constitucional (sent. C-197/01, C-1514/00, C-126/08 y C-429/97).

[...] Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública⁶.

74. Bien se ve, entonces, que, junto a las formalidades esenciales del contrato estatal determinadas a partir de la teoría general del negocio jurídico y las causales de nulidad absoluta de los contratos con la administración, el acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a los contratos estatales (CSJ SP 25 sept. 2013, rad. 35.344).

75. Sin embargo, también ha advertido la Corte, el respeto del principio de legalidad penal, en su componente de estricta tipicidad (*ley previa, cierta, escrita y estricta*, características de las que deriva la legitimidad de la función de prevención general negativa atribuida a la pena) supone la existencia de *límites* a la hora de llenar de contenido el tipo penal en blanco.

B) Límites a la invocación de principios de la contratación estatal como fundamento de imputación por el art. 410 del C.P.

76. Si bien los *principios* de los contratos estatales, en tanto *mandatos de optimización*, son referentes jurídicos pertinentes para determinar si se atentó contra la legalidad del régimen de contratación en aspectos esenciales, no es

⁶ CSJ SP 6 mayo 2009, rad. 25.495, reiterada en SP, 22 jun. 2016, rad. 42.930.

menos cierto que ello debe concretarse en la preexistencia legal de deberes específicos exigibles al servidor público (sujeto activo calificado), sin que sea legítimo un reproche basado en la desatención de requisitos extralegales, de creación judicial *ex post*, derivada de la comprensión del juez sobre cómo habrían de materializarse de mejor forma los principios aplicables a las distintas etapas de la contratación estatal.

77. Sobre el particular, mediante la CSJ SP7322-2017, rad. 49.819, la Sala puntualizó:

*Una hermenéutica adecuada y respetuosa de las garantías de los ciudadanos debe indicar que el servidor público, al contratar, ha de ceñirse a los requisitos legales vigentes y velar porque en la celebración, tramitación y liquidación del contrato se cumplan los principios que inspiran la contratación pública[...]**Lo inaceptable es que, a través de una ponderación ex post y expansiva de tales principios, se agreguen presupuestos no previstos claramente en las normas aplicables, pues ello, como ya se dijo, resulta violatorio de la legalidad, por indeterminación de los elementos del tipo penal***”.

En la sentencia CSJ SP, mayo 20 de 2009, rad. 31.654, en un asunto similar, la Corte razonó de igual manera al señalar: “*el incumplimiento de los principios que informan la función pública y, más específicamente la contratación estatal, puede, entonces, configurar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Esta afirmación, sin embargo, amerita una precisión. **No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador.***”

[...]

Esta posición reafirma la que ya había expuesto el mismo tribunal en la sentencia C-739 de 2000, cuando refirió que la existencia de los tipos penales en blanco tiene validez constitucional “**siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca,**

con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa...⁷.

Cuando ese complemento está constituido por principios, debe tenerse en cuenta que estos se caracterizan por tener “*textura abierta*”, lo que puede limitar su eficacia directa, o, visto de otro modo, es posible que requieran de un desarrollo normativo puntual en cada ámbito del tráfico jurídico, lo que adquiere mayor relevancia cuando se trata de establecer la ley penal aplicable a un determinado caso, que debe reunir los requisitos referidos en los precedentes jurisprudenciales atrás relacionados.

78. En la misma línea, en la SP513-2018, rad. 50.530, ratificada mediante SP5505-2019, rad. 55.036, la Sala precisó que, a la hora de concretar el requisito esencial inobservado en el procedimiento contractual, “*para los fines propios del art. 410 del C.P., la vigencia del principio de estricta tipicidad impide al juez instituir ex post mandatos de conducta dirigidos al servidor público, producto de una valoración abierta e indeterminada de las máximas rectoras de la contratación estatal, para juzgar a partir de ellos la conducta del acusado, más allá de los parámetros fijados en la ley*”.

C) Contrato sin cumplimiento de requisitos legales: punibilidad según la etapa contractual.

79. Tal como lo ha precisado la Corte (CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21.547, SP 23 mar. 2006, rad. 21.780; SP513-2018, rad. 50.530 y SP5505-2019, rad. 55.036), las formas de comisión del delito previsto en el art. 410 del C.P. se refieren a comportamientos distintos y diferenciados. La punibilidad de la conducta del servidor público no se predica de la totalidad de las fases contractuales. Uno es el comportamiento aludido en la

⁷ Negrillas fuera del texto original.

primera modalidad, donde se reprocha el hecho de *tramitar* el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otro, el de quien lo *celebra* o *liquida*, pues en estos casos la prohibición consiste en *no verificar* el cumplimiento de los presupuestos legales inherentes a cada una de tales etapas.

80. De ello deriva que, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la inobservancia de formalidades inherentes a *la ejecución* contractual *no comporta reproche penal*. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP 20 mayo 2003, rad. 14.669) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada (cfr. CSJ SP 23 nov. 2016, rad. 46.037; SP712-2017, rad. 48.250; SP, 24 mayo 2017, rad. 49.819; SP513-2018, rad. 50.530 y SP5505-2019, rad. 55.036).⁸ 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.

81. La *tramitación*, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. *Celebrarlo* significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, esto es, perfeccionarlo a través de las ritualidades legales esenciales (art. 41 inc. 2° de la Ley 80 de 1993). Mientras la *liquidación* es una actuación administrativa posterior a la terminación de contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él

⁸ También, entre otras, CSJ SP 09 feb. 2005, rad. 21.547; SP 16 feb. 2005, rad. 15.212; SP 08 nov. 2007, rad. 26.450; SP 13 may. 2009, rad. 30.512; SP 16 nov. 2009, rad. 25.650; AP 10 may. 2011, rad. 34.282 y SP 11 jul. 2012, rad. 37.691.

derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución⁹.

82. Esa comprensión del limitado ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 del C.P., según las aludidas fases de la contratación, y descartando su ampliación a otras etapas contractuales, es corolario de la vigencia del principio de legalidad, en su componente de estricta tipicidad (art. 10 inc. 1° *idem*). Al respecto, la Sala (CSJ SP 11 jul. 2012, rad. 37.691) puso de presente:

Ninguna explicación razonable tendría que el legislador, al tipificar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, hubiese empleado los términos “*tramitar*”, “*celebrar*” y “*liquidar*” para definir las fases en cuyo ámbito se estructura la conducta punible, indicando así que el primero de ellos no se refiere a todo el proceso contractual sino solamente a una parte de él, no otro que el correspondiente a la etapa precontractual, porque de ahí en adelante solamente decidió tipificar el ciclo propiamente contractual y el atinente a la liquidación.

Dígase, adicionalmente, que si bien el principio de legalidad que gobierna la contratación impone predicar la configuración del mencionado ilícito cuando se desconocen los axiomas tutelares de esa clase de actuaciones estatales, como planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, lo cierto es que el mismo principio de legalidad únicamente tolera la imposición de sanciones penales cuando el comportamiento del agente se enmarca estrictamente en una descripción típica previamente establecida por la ley. Si tal situación no acontece, la conducta devendrá atípica por la no realización de todos sus elementos descriptivos.

4.2.2.2. Aplicación indebida del art. 7° de la Ley 29 de 1990.

83. Según el art. 7° de la Ley 29 de 1990 -por medio de la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico-, la *inclusión de apropiaciones*

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Sub. B, sent. 29.2.2012, exp. 19.371.

presupuestarias para planes y programas de desarrollo científico y tecnológico, por parte de establecimientos públicos del orden *nacional*, se hará en consulta con el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "*Francisco José de Caldas*", COLCIENCIAS¹⁰, con el fin de racionalizar el gasto público destinado a este efecto.

84. Constitucionalmente hablando, el presupuesto (art. 346) es un instituto perteneciente al régimen económico y de la hacienda pública; es decir, hace parte de la política económica del Estado, en la que la *pre-fijación de los gastos* o ley de apropiaciones (art. 347) es parte esencial.

84.1. El art. 347 de la Constitución preceptúa que el proyecto de *ley* de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado *pretenda realizar* durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados.

84.2. Conforme a su Ley Orgánica, el presupuesto general de la Nación está conformado por el presupuesto de rentas, el de *gastos* y las disposiciones generales. El segundo es también llamado *ley* de apropiaciones y no sólo constituye un estimativo sino una *autorización*, al tiempo que debe contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Según el art. 16

¹⁰ Hoy denominado Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, según la Ley 1286 de 2009.

de la Ley Orgánica (179 de 1994), el presupuesto de gastos está compuesto por: a) los gastos de funcionamiento; b) del servicio de la deuda pública y c) de los *gastos de inversión*.

84.3. De otro lado, como clarifica la jurisprudencia constitucional (cfr., entre otras, sent. C-167 de 2021), uno de los propósitos de una *ley* de presupuesto es el de:

apropiar el valor requerido para atender los gastos de funcionamiento, *inversión* y servicio de la deuda pública del Presupuesto General de la Nación durante la vigencia fiscal de cada año, según el detalle que en la misma se contempla. En tal caso, *las apropiaciones que se incluyen* en el Presupuesto General de la Nación son **autorizaciones máximas de gasto** que el Congreso da a los organismos y entidades destinatarios del sistema presupuestal y expiran el 31 de diciembre de cada año, razón por la cual, la ley de apropiaciones debe contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva, debe tener un componente denominado gasto público social que agrupa las partidas de tal naturaleza, según la definición hecha por la ley orgánica de presupuesto, y, no puede incluir partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno **propuesto por el Gobierno** para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo, puesto que no puede aceptarse que la ley que ordena un gasto sea precisamente la misma ley de presupuesto.

84.4. Bien se ve, entonces, que la *apropiación* presupuestaria es un acto complejo que deriva de una *proposición gubernamental* y se consolida en una medida de orden *legislativo*, si se trata del orden nacional. Ese acto de concreción legislativa tiene un equivalente funcional en el orden territorial, pues la Constitución (art. 352) reconoce un margen de regulación por parte de las entidades territoriales, ya que en los arts. 300-5 y 313-5 *idem* le asigna a las asambleas departamentales y a los concejos municipales las

competencias para expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y municipal, respectivamente, y para *aprobar* -mediante ordenanza o acuerdo, respectivamente- los *presupuestos* anuales de rentas y gastos (cfr., sent. C-036 de 2023).

85. Por otra parte, según el art. 39 de la Ley 489 de 1998, la Administración Pública se integra por:

los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los *organismos y entidades* adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el *Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional* y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

85.1. A su turno, según el art. 68 *idem*, son entidades descentralizadas del *orden nacional* los *establecimientos públicos*, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de

actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

85.2. Los establecimientos públicos, a tono con los arts. 38-2 lit. a) y 70 *idem*, son organismos del sector descentralizado por servicios que se encargan principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características: a) personería jurídica; b) autonomía administrativa y financiera y c) patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.

85.3. A su vez, el art. 39 inc. 4° *idem* señala que al nivel *territorial* pertenecen las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos (organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel). Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

86. Pues bien, develada la naturaleza de los actos de *apropiación* presupuestaria, en los que la *inclusión* es, en un primer momento, una *propuesta* de un ente gubernativo y, luego, cuando se aprueba por el organismo legislativo (en el nivel nacional) o su equivalente en los órdenes territoriales, se torna en un rubro *fijado* en el respectivo presupuesto, salta a la vista que dicho trámite para nada concierne a la actividad

contractual del Estado, sino al ámbito económico y de hacienda pública, que *predetermina* la aplicación *-futura y abierta-* de inversiones y gastos en el giro ordinario de las competencias administrativas.

87. De ahí que, evidentemente, el tribunal se equivocó al invocar el art. 7° de la Ley 29 de 1990, para extraer de allí una supuesta exigencia de trámite contractual -no prevista por la ley, cuya inobservancia enrostró a la acusada como fundamento de la tipicidad objetiva de su conducta.

88. Desde luego, la *utilización* concreta de las apropiaciones -que son autorizaciones máximas de gasto en rubros específicos, para ser *comprometidas* durante la vigencia fiscal respectiva- comporta actuaciones y procedimientos que pueden tener lugar con miras a la actividad contractual o en el marco de ésta, como la expedición de certificados de disponibilidad presupuestal y de registros presupuestales, respectivamente.

88.1. En esa línea podría interpretarse, por una parte, que la alusión a “*inclusión*” de apropiaciones se refiere a la afectación *preliminar* del presupuesto, mediante certificados de disponibilidad presupuestal, a fin de garantizar la existencia de apropiación presupuestal disponible para la asunción de compromisos con cargo al presupuesto de la respectiva vigencia fiscal, mientras se perfecciona el compromiso -que puede ser contractual-; por otra, que concierne al *registro* presupuestal, el cual sirve al aseguramiento del pago de una obligación ya existente, con definición del valor y el plazo en virtud de un contrato *celebrado*.

88.2. Sin embargo, como lo tiene definido la Sala en consonancia con la jurisprudencia contencioso-administrativa (cfr. CSJ SP12159-2016; SP712-2017, rad. 48.250; SP004-2023, rad. 62.766 y SP038-2023), tales son requisitos de la *ejecución* del contrato, que no constituyen condiciones de perfeccionamiento ni validez. Por ende, su inobservancia no genera inexistencia ni nulidad del convenio, sino una irregularidad *administrativa* que deriva en responsabilidad personal y patrimonial del servidor público a cuyo cargo se encuentra el contrato.

88.3. Además, como con razón lo alega el censor, si se tratare de asuntos de ciencia y tecnología, la inclusión de la apropiación en un certificado destinado a un contrato de tal naturaleza *en consulta con COLCIENCIAS* es un deber inexigible a la aquí acusada, pues la entidad por ella dirigida no es un establecimiento público del orden *nacional*, sino una unidad administrativa *distrital*.¹¹

89. Así que, *en el asunto bajo examen*, ninguna opción interpretativa permite entender la *consulta previa* a COLCIENCIAS como un requisito esencial a la tramitación o a la celebración del contrato concernido. Por ese motivo, de la estructura del juicio de adecuación típica ha de suprimirse el aserto fijado **por el tribunal** en el sentido que, a la luz del art. 7° de la Ley 29 de 1990, “*si bien la modalidad de contratación directa se puede utilizar para celebrar contratos de desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, previamente debe*

¹¹ Al tenor del art. 109 del Acuerdo 257 de 2006, expedido por el Concejo de Bogotá –por cuyo medio se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, D.C., la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial está organizada como una entidad administrativa especial, del orden distrital del sector descentralizado, de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital de Movilidad.

estar demostrado que lo que se contrata realmente cuenta con esas características, razón por la cual la entidad pública que se enfrente a este tipo de situaciones debe someter el objeto del contrato a revisión por parte de COLCIENCIAS para que éste, en ejercicio de sus funciones y conocimientos, rinda concepto al respecto, deber que fue omitido por la procesada”.

90. No obstante, con miras a la evaluación de la *trascendencia* del mencionado yerro de juicio *normativo*, éste es insuficiente para lograr que se case la sentencia por la causal de violación directa, pues la supresión de ese aspecto integrante de la tipicidad objetiva no altera las demás premisas en que se soporta, bajo la óptica de la adecuación típica, la inobservancia de requisitos legales esenciales de trámite y celebración contractuales.

90.1. Además, ha de aclararse que la eliminación de tal equivocada razón de orden *normativo* para nada afecta los razonamientos *probatorios* que, en punto de la valoración del dolo, realizó el *a quo*. En ese sentido, al pronunciarse sobre la tipicidad subjetiva, el juez consideró que, junto a *otros* hechos indicadores (cfr. num. 54.9.1. *supra*), la ausencia de consulta a COLCIENCIAS, teniendo la acusada *la posibilidad* de hacerlo, en vista de las dudas surgidas del comité de contratación, corrobora su actuar doloso.

4.2.2.3. Justificación indebida de la modalidad de selección directa por desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.

91. Clarificado que la consulta previa a COLCIENCIAS, a fin de que este fondo diera una especie de *aval* para que el

contrato aquí cuestionado pudiera asignarse directamente, no podía considerarse como requisito esencial para su trámite ni celebración, enseguida se examinará si existió una indebida hermenéutica del art. 2-5 del Decreto 591 de 1991, en punto de la comprensión del concepto de transferencia tecnológica. Sólo la determinación precisa de ese aspecto normativo permitirá, en un segundo momento, verificar si, a la hora de subsumir los hechos que se declararon probados, hubo algún error que invalide el juicio positivo de adecuación típica en que se basa la aplicación del art. 410 del C.P.

92. Como punto de partida, según se extracta del art. 2° de la Ley 1150 de 2007, la contratación directa es una modalidad excepcional de escogencia del contratista, a la cual puede acudirse de manera reglada. El num. 4°, lit. e) *idem* preceptúa que *solamente* procederá, entre otros casos, en los contratos para el *desarrollo* de actividades científicas y tecnológicas.

93. Los denominados contratos “*de ciencia y tecnología*”, acorde con la jurisprudencia contencioso-administrativa, tienen un *régimen jurídico especial*. Se trata de una constelación del derecho público en la que ha de indagarse cuál es la *naturaleza* de dichas actividades y qué operaciones constituyen *desarrollo* de ellas, a fin de identificar cuándo le es dable a la administración prescindir de la licitación (regla general de selección) para acudir a la escogencia directa (excepcional).

94. Con ese propósito, de la mano de los lineamientos del Consejo de Estado (esbozados en la SCA, Secc. 3ª, sent. 11 feb. 2009, rad. 16.653), cuyos extractos pertinentes se traerán a colación,

se fijará ese marco normativo, en el que ha de interpretarse el significado de transferencia tecnológica.

94.1. El ordenamiento constitucional integró y elevó a ese rango disposiciones sobre ciencia y tecnología (arts. 70 y 71), bajo el entendido que, en el ámbito de los derechos sociales, económicos y culturales, el Estado debe promover la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de todos los valores culturales de la Nación, ha de incluir en los planes de desarrollo económico y social el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura, así como crear incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología:

Con el fin de promover y orientar el adelanto científico y tecnológico en Colombia, se expidió la Ley 29 de 1990 y, en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 11 de dicha ley, el Ejecutivo expidió el Decreto ley 393 de 1991, sobre la formas de asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías; el Decreto ley 591 de 1991, relacionado con las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas; y el Decreto Ley 585 de 1991, que definió el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.

Posteriormente, la Constitución Política de 1991 introdujo una serie de disposiciones para impulsar y fomentar la investigación y el desarrollo en ciencia y tecnología (inc. 2 del art. 65; art. 67; inc. 3 del art. 69; inc. 2 del art. 70 y art. 71), preceptos que encontraron perfecta armonía y adecuación para el logro de sus propósitos en las anteriores normas de rango legal.

94.2. Luego, con la expedición de la Ley 80 de 1993, las normas sobre ciencia y tecnología dirigidas a la administración pública pasaron a complementar, en lo pertinente, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

Es decir, antes de la Constitución Política de 1991 existía ya un régimen jurídico básico y especial aplicable a los contratos de actividades científicas y tecnológicas, cuya vigencia, en lo esencial, luego fue respetada y conservada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993. En efecto, el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, si bien derogó expresamente buena parte del articulado del Decreto Ley 591 de 1991, en el que se regulan las modalidades específicas de contratos para el fomento de actividades científicas y tecnológicas, exceptuó sus artículos **2, 8, 9, 17 y 19**, lo cual significa que estas disposiciones mantienen o preservan su vigencia.

[...]

Además, obsérvese que el Decreto ley 591 de 1991 en las disposiciones que dejó vigentes la Ley 80 de 1993 respecto de las **modalidades de negocios jurídicos en ciencia y tecnología** (artículos 2, 8, 9, 17 y 19), no tendrían sentido y aplicación jurídica, sino fueran **armonizadas con las materias conexas** que disciplina el Decreto ley 393 de 1991, razón de más para señalar que no fue la intención del citado Estatuto General de Contratación el de derogarlo expresa o tácitamente.

En otros términos, los contratos que se celebren con el objeto de **fomentar** la ciencia y tecnología se encuentran sujetos a la Ley 80 de 1993, en todo aquello que no esté expresamente regulado en las normas especiales del Decreto ley 591 de 1991 y del Decreto ley 393 de 1991, que mantuvo vigentes dicho Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

94.3. En ese régimen jurídico especial, integrado en lo pertinente al general de la contratación administrativa, se diferencian los tipos de contratos de ciencia y tecnología, en vista de su objeto, de las opciones de asociación con que cuenta la administración para el desarrollo y fomento de actividades de esa naturaleza.

94.4. En cuanto a las *tipologías* contractuales concierne -que es el asunto por definir en el asunto bajo examen-, el art. 79 del

Decreto 1510 de 2013¹² dispone que la contratación directa debe tener en cuenta la definición contenida en el Decreto Ley 591 de 1991, en cuyo art. 2° se encuentra un listado taxativo de las actividades compatibles con el desarrollo de ciencia y tecnología:

A fin de determinar la aplicación de estas normas especiales, que individualizan y caracterizan los contratos aludidos, debe acudirse a la definición que el artículo 2° del Decreto ley 591 de 1991 (en concordancia con los artículos 1 y 2° del Decreto 393 de 1991) realiza de las actividades científicas y tecnológicas susceptibles de contratar, así:

1. *Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.*

2. *Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.*

3. *Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metodología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.*

4. *Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de esta, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.*

5. **Transferencia tecnológica** que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de **nuevas tecnologías** nacionales o extranjeras.

6. *Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional.*

¹² Vigente para la fecha de los hechos materia de investigación.

De acuerdo con la norma transcrita, el régimen especial sólo se aplica cuando los contratos enunciados tienen por objeto el *desarrollo* de cualquiera de las anteriores actividades, lo que, por consiguiente, excluye aquellas que no encuadren en alguna de ellas o les sean *meramente de auxilio o apoyo*.

95. Sobre este último particular, previamente a abordar la interpretación del art. 5-2 del Decreto 591 de 1991, en cuanto a la comprensión de la **transferencia** de tecnología, importa precisar que la jurisprudencia de esta Sala (cfr. CSJ SP9225-2014, rad. 37.462 y SP011-2023, rad. 57.903) ha marcado un referente básico para distinguir si, en el modelo de contratación bajo análisis, es posible a la entidad estatal sustraerse o no de la licitación o el concurso público para optar excepcionalmente por la escogencia directa. Se trata del criterio del *objeto directo o principal*, factor determinante para establecer si la actividad de ciencia o tecnología es el propósito *esencial*, por corresponder a la prestación *misma* que se pretende contratar o porque tiene un carácter preponderante, en oposición a simples ventajas, utilidades, beneficios o rendimientos apenas *accesorios*.

96. Ahora, a fin de comprender debidamente cuándo el objeto directo o el propósito principal del contrato es la *transferencia* tecnológica, en primer lugar, la Sala llama la atención en que si bien -como lo afirma el censor- el listado de *opciones* de configuración de esa operación (transferir) está compuesto por posibilidades *alternativas*, sin que tengan naturaleza acumulativa ni se traten de un solo proceso con fases secuenciales, ello no implica que su entendimiento sea insular, asistemático ni, mucho menos, desconectado de la teleología del *régimen jurídico especial* (cfr. num. 94 *supra*) en consulta con el cual ha de evaluarse la viabilidad de acceder a

la causal de contratación directa por tratarse de contratos “*de ciencia y tecnología*”. Como lo enfatiza la jurisprudencia del Consejo de Estado (SCA, Secc. 3ª, sent. 11 feb. 2009, rad. 16.653), el entendimiento de las tipologías contractuales debe ser *armónico* con las disposiciones del régimen jurídico especial de ciencia y tecnología.

96.1. En ese sentido, como punto de partida ha de enfatizarse que, desde la perspectiva del *valor social*, la ciencia y la tecnología son *medios* al servicio de la comunidad y la prosperidad general, en tanto fines esenciales del Estado (art. 2° Const. Pol.). Por ello, son deberes estatales la promoción de la investigación, la ciencia y el desarrollo (art. 70 *idem*), la inclusión del fomento a las ciencias en los planes de desarrollo y la creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología (art. 71 *idem*).

96.2. Entonces, el valor de ese compendio de conocimientos obtenido mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales, con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente (ciencia), así como del conjunto de teorías y técnicas que permiten el aprovechamiento del conocimiento científico y de instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto (tecnología), no es auto justificado, sino que, por mandato constitucional, sirve al *desarrollo y la prosperidad* de la sociedad, la cual evoluciona en la medida en que produce conocimiento y se tecnifica.

96.3. En efecto, la función social y cultural de la ciencia son valores que destacan y sobresalen. Su cometido y sentido

tiene varias facetas que se valoran de manera positiva, promoviendo la modernización y madurez de una sociedad y siendo motor del crecimiento económico y condición para mantener vivo el sector productivo de la economía y competir en el mercado internacional¹³. Mas en esos procesos es fundamental la *apropiación* del conocimiento, que permita a una sociedad *desarrollarse* a partir de la aplicación de aquél por sí misma y en su propio beneficio.

96.4. Desde esa perspectiva es que el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia, a la luz del art. 1° de la Ley 1286 de 2009, se funda en el propósito de lograr un modelo productivo sustentado en la ciencia, la tecnología y la innovación, para darle *valor agregado* a los productos y servicios de nuestra economía y propiciar el *desarrollo productivo* y una nueva industria nacional.

96.5. Ese avance o progreso productivo, impulsado por el “*desarrollo del conocimiento científico, el desarrollo tecnológico y la innovación*”, se consolida mediante objetivos específicos, entre ellos los de “*fortalecer una cultura basada en la generación, apropiación y divulgación del conocimiento y la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación y el aprendizaje permanentes*” (art. 2-1 ídem);

96.6. En conjunción con tales propósitos, el art. 3° *ídem* también da lineamientos sobre las bases para la consolidación de una política de Estado en ciencia, tecnología e innovación, dentro de las cuales, como factores de desarrollo, se destacan

¹³ Eizaguirre, Andoni. *Valoración social de la ciencia y la tecnología*. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, vol. 9, núm. 2, 2010, pp. 41-54 Universidad de Santiago de Compostela, España.

el valor agregado, la productividad y la competitividad, así como la transformación y modernización del aparato productivo:

1. Incrementar la capacidad científica, tecnológica, de innovación y de competitividad del país para dar valor agregado a los productos y servicios de origen nacional y elevar el bienestar de la población en todas sus dimensiones.

2. **Incorporar** la investigación científica, el desarrollo tecnológico y **la innovación a los procesos productivos**, para incrementar la productividad y la competitividad que requiere el aparato productivo nacional.

3. Establecer los mecanismos para promover la transformación y modernización del aparato productivo nacional, estimulando la reconversión industrial, basada en la creación de empresas con alto contenido tecnológico y dando prioridad a la oferta nacional de innovación.

96.7. En consonancia con ello, el art. 17 *ídem* alude a los objetivos de generar y usar el *conocimiento* científico y tecnológico, así como *apropiar* la ciencia, la tecnología y la innovación, entre ellos, el de:

1. Propiciar la **generación y uso del conocimiento**, a través del desarrollo científico, tecnológico y la innovación, como actividades esenciales para darle **valor agregado** a nuestros recursos, crear nuevas empresas basadas en investigación, desarrollo tecnológico e innovación, alcanzar mayores y sostenidas tasas de crecimiento económico, acumulación y distribución de riqueza, con el objeto de mejorar los niveles de calidad de vida de los ciudadanos.

96.8 Todo ello, en sintonía con las actividades de promover el mejoramiento de la productividad y competitividad nacional, así como velar por la *generación, transferencia, adaptación y mejora* del conocimiento científico, desarrollo tecnológico e innovación (art. 18 num. 2 y 3 *ídem*).

96.9. A su vez, esa comprensión del valor social de la ciencia y la tecnología, bajo la óptica de la *apropiación y gestión propia del conocimiento para generar desarrollo* encuentra ratificación en los Planes Nacionales de Desarrollo, de los que cabe destacar el de 2006-2010, en cuyo art. 7.5., en cuanto a ciencia, tecnología e innovación, señala que

la misión del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, SNCTI, establecida en la Visión Colombia 2019-II Centenario, es producir, difundir y usar el conocimiento para contribuir a la transformación productiva y social del país a fin de garantizar un mayor nivel de competitividad y desarrollo humano sostenible. Para ello se desarrollarán ocho estrategias: i) incrementar la *generación de conocimiento*; ii) fomentar la innovación y el desarrollo productivo; iii) fomentar la *apropiación* de la Ciencia, Tecnología e Innovación (CTeI) en la sociedad colombiana; iv) incrementar y fortalecer las *capacidades humanas* para CTeI; v) consolidar la institucionalidad del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación; vi) consolidar la infraestructura y los sistemas de información para la CTeI; vii) promover la integración regional y viii) consolidar la proyección internacional de la CTeI.

96.10. A su vez, en el PND 2014-2018¹⁴, en el capítulo V, concerniente a “*competitividad e infraestructuras estratégicas*”, el Estado colombiano se trazó el objetivo de “*contribuir al desarrollo productivo y la solución de los desafíos sociales del país a través de la ciencia, tecnología e innovación (CTI)*”. En ese contexto, se vincula la transferencia de conocimientos científicos y tecnológicos con la *generación de innovaciones*:

La CTI contribuye de manera directa tanto a los objetivos de sofisticación y diversificación como a los retos sociales que tiene el país. Por una parte, permite llevar a cabo innovaciones pertinentes y útiles para la sociedad y por otro lado aporta al *desarrollo de capacidades internas* en las empresas que impactan de manera directa su productividad. De igual manera, brinda a la sociedad la oportunidad de

¹⁴ El cual se trae a colación, junto a previsiones de la Ley 1951 de 2019, como referentes interpretativos de los pilares del régimen especial de ciencia y tecnología, no como fundamento alguno de imputación penal posterior a los hechos investigados.

avanzar en la frontera del conocimiento sentando las bases para que en un futuro se produzcan aplicaciones tanto para el sector empresarial como para la sociedad en diversos aspectos como la salud, la educación y la paz.

[...]

Para lograrlo se implementarán los siguientes componentes: 1) aumentar el recurso humano de alto nivel vinculado al sistema; 2) aumentar la producción científica y tecnológica de alto impacto; 3) consolidar y especializar la infraestructura científica y tecnológica del país; y, 4) fomentar la transferencia de conocimiento y tecnología.

[...]

El cuarto componente se refiere a la transferencia de la investigación y, atendiendo la naturaleza sistémica de la innovación, el Gobierno nacional diseñará una estrategia de transferencia de conocimiento y tecnología (TCT). Esta tendrá como objeto aportar en la generación y optimización de los flujos de conocimiento científico que generen condiciones para el desarrollo tecnológico y la innovación. La TCT se orientará a la *generación de innovaciones* gracias a la colaboración multidisciplinaria de diversos actores con diferentes niveles de experticia dispuestos a acompañar los procesos hasta que alcancen éxito.

96.11. En esa misma línea, del art. 2-2 de la Ley 1951 de 2019 -por cuyo medio se crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación y se fortalece el SNCTI- se extracta que, dentro de los deberes estatales en materia de desarrollo en esos ámbitos, “*que consolidan los avances hechos por la Ley 29 de 1990 y 1286 de 2009*”, la de transferencia de ciencia, tecnología e innovación, para la consolidación de una sociedad basada en el conocimiento, está ligada a la *apropiación social* de ellas.

97. Así, pues, la identificación de los referentes conceptuales basales del régimen especial de ciencia y tecnología, así como sus propósitos esenciales, es el marco sistemático en el que, enseguida, se fijará la comprensión que debe dársele al proceso de transferencia tecnológica, desde

una teleología consecuente con esa constelación normativa y compatible con los factores en ella influyentes.

97.1. De entrada, se advierte que la propuesta interpretativa del censor, cifrada en la equiparación de transferencia a una opción de mera *aplicación*, sin importar las *condiciones* en que ésta tenga lugar y los *finés* a los que sirve, es precaria, asistemática e inconsulta con aquellos propósitos. La simple definición *literal* del vocablo *aplicar*, que en últimas no es nada distinto a usar, emplear o poner en práctica algo, es del todo ajena a las razones que habilitan la excepción de contratar directamente por tratarse de una prestación de “*ciencia y tecnología*”, a la vez que es nada armónica con el referido régimen especial.

97.2. Si de armonizar se trata, el primer factor a considerar es que el art. 2-5 del Decreto 591 de 1991 enlista una serie de actividades constitutivas de “*transferencia tecnológica*”, en tanto modalidad de procedimientos “*científicos y tecnológicos*”. Esto quiere decir que las opciones de “*negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras*” deben connotarse en referencia a la actividad principal que se erige como “*causa*”, esto es, la transferencia.

97.3. Transferir, entre otras significaciones, tiene la de pasar o llevar algo desde un lugar *a otro*; también implica *ceder* a otra persona el derecho o atribución que se tiene sobre algo. La transferencia comporta un traspaso, una entrega, una cesión, un traslado o transmisión, así como un pago. A esas significaciones les es inherente una dinámica de entrega, en la que hay un emisor y un receptor. El primero se desprende de

algo, mientras que el segundo se apropia, lo asume como suyo o lo *incorpora a sí*.

97.4. Piénsese en múltiples ejemplos de transferencia que revelan la dinámica de esa relación. De los más cotidianos puede ser la transferencia de dinero, la cual, como medio de pago que es, implica una *cesión* de orden patrimonial en la que el valor transferido deja de pertenecer al emisor y pasa a ser propiedad del beneficiario.

97.5. En otros ámbitos también es dable reconocer esos desplazamientos, como se da en una transfusión, que no es cosa distinta a una transferencia de sangre que se incorpora al organismo del receptor. Se puede de igual manera transferir información, por ejemplo, de un dispositivo de almacenamiento a otro.

97.6. Se hacen esas reflexiones a fin de desentrañar de qué manera es que las actividades enlistadas en el art. 2-5 del Decreto 591 de 1991 comportan *transferencia*, lo cual no se logra con una comprensión aislada y autónoma de los vocablos, sino en referencia *al proceso al que sirven*, por cuyo medio se tornan factor de transmisión o cesión. Y mucho menos si se soslayan las implicaciones de los objetos a transferir, como lo son la ciencia y la tecnología.

97.7. Así que, bajo la óptica de la *transferencia*, la actividad en concreto ha de apuntar a la *recepción e incorporación*, de manera que el receptor o beneficiario de lo transferido esté en capacidad de *gestionar por sí y para sí* eso que obtuvo en virtud de lo que le fue transmitido y que se entiende ya como suyo.

97.8. Alguien, por ejemplo, podría desagregar componentes mecánicos o electrónicos de un dispositivo y no por ello habría transferencia. Ésta sólo se lograría cuando tales piezas se ensamblen o instalen en un aparato diferente, que integradas en él haga parte de su funcionamiento posterior.

97.9. En lo que a asimilación y adaptación concierne, a ambos procesos les es inherente la idea de incorporación, acomodación o adecuación de un factor externo a otro diferente. Mientras que la negociación y la apropiación operan con una lógica de medio-fin.

97.10. Así, pues, la *aplicación* de tecnología ha de servir a propósitos de *integración* de aquélla, a fin de poder aportar valor social en los términos del régimen especial bajo estudio. No se trata de aplicar cualquier tecnología por aplicarla, ni hacerlo de cualquier manera o en el contexto de otro *objeto* contractual, sino en condiciones compatibles con el *desarrollo* científico o tecnológico, que es lo previsto por el art. 2-4 lit. e) de la Ley 1150 de 2007. Esa es la teleología subyacente a la causal de aplicación tecnológica, en la que la utilización de determinada tecnología, por implicar un uso previsto para el desarrollo posterior de actividades de innovación o avance científico o técnico, constituyen *transferencia* tecnológica.

97.11. Si la ley contempla la *aplicación* de tecnología con *finalidades* de transferencia como una actividad que avala la contratación directa, es porque sirve *preponderantemente* a un objeto de desarrollo científico o tecnológico propio, cuyo propósito esencial es el logro de una prestación tecnológica que genere valor agregado, que a su vez expanda las

posibilidades de transformación y modernización de la *propia* actividad en ciencia y tecnología. Es a estas actividades (objeto principal) a las que sirve la contratación directa, no a *otros* objetos o prestaciones en los que la tecnología es apenas una ventaja accesoria.

97.12. Pensar que la mera utilización -sin más- de cualquier método, proceso o adelanto tecnológico en el marco de otro objeto contractual -llámese obra, adquisición de bienes o prestación de servicios- implica transferencia de tecnología, conduciría a un efecto absurdo, del todo discordante con los principios de transparencia y selección objetiva, que apuntan a la garantía de objetividad e imparcialidad en la selección del contratista. Ello trastocaría la regla de la licitación o el concurso público, pues la tecnología puede ser un factor que ponderar en el mayor o menor rendimiento de cualquier prestación.

97.13. Tal comprensión es sistemáticamente concordante con lo previsto en el art. 19 del Decreto 591 de 1991, conforme al cual, *“cuando la naturaleza del contrato así lo exija, se pactarán las medidas conducentes para los efectos de la transferencia tecnológica, conforme a los lineamientos que defina el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología”*.

97.14. En esa dirección, si la mera utilización o aplicación comportara transferencia, sin factor alguno de incorporación que permita un posterior desarrollo tecnológico, carecería de sentido el anterior mandato, que exige especificar de qué manera se transferirá la tecnología en cuestión.

97.15. Piénsese también de manera ilustrativa que, en la necesidad de dotar el parque automotriz de cualquier entidad, en cuantía que amerite licitación o concurso, pudiera prescindirse de éstos porque algún proponente invoca un adelanto en algún sistema mecánico o electrónico de los vehículos. La tecnología, especialmente en el ámbito comercial automotriz, es un factor de competición entre las marcas que, a su vez, representaría un aspecto a ponderar en la valoración de la adecuación de las propuestas, pero no un habilitante para contratar directamente.

98. Pues bien, al contrastar los parámetros interpretativos aquí desarrollados en relación con las características que la aplicación de tecnología debe tener para poder entenderse como transferencia tecnológica y, así, justificar la contratación directa, con el entendimiento que de esa causal tuvieron los juzgadores de instancia, se concluye que éstos no incurrieron en yerro hermenéutico alguno. En efecto, además de que la prestación pactada (*objeto principal*) correspondía a una *obra pública*, por tratarse del mantenimiento de la malla vial, según el *a quo* (cfr. num. 54.5.2. al 54.5.4. *supra*), en concordancia con el concepto rendido por COLCIENCIAS por solicitud de la Veeduría Distrital, la prestación pactada por las partes tampoco podía conducir a transferencia tecnológica porque, si bien el parcheo por inyección neumática con mezcla en frío era un método novedoso en Colombia, la carencia de derechos de propiedad industrial en el proponente impedía implementar o incorporar la tecnología a la UAEMRV, pues no se le estaba cediendo ninguna prerrogativa para el uso de ella, por cuenta propia ni por sus propios medios en el marco de sus procesos productivos.

98.1. Tal conclusión es a todas luces compatible con la hermenéutica extractada del régimen especial de ciencia y tecnología, mientras que, se reitera, la propuesta interpretativa del censor carece de solidez, por basarse en una mera lectura literal de la cláusula normativa, en nada armoniosa con los propósitos constitucionales y legales asignados a la ciencia y tecnología, en tanto valores sociales.

99. Por consiguiente, el reproche en cuestión es impróspero, lo cual implica mantener la conclusión cifrada en que, desde el plano de la tipicidad objetiva, en el trámite contractual bajo investigación *no había justificación* para seleccionar directamente al contratista, por no tratarse la prestación a convenir de transferencia tecnológica, sino de un típico contrato de obra pública.

100. No sobra recalcar que el razonamiento del demandante también es inapropiado al sostener que “*no hay norma que prohíba efectuar la reparación de la malla vial por vía de la contratación directa*”. La regla general para el contrato de obra pública, se resalta, es la licitación (art. 2-1 de la Ley 1150 de 2007 y art. 32-1 de la Ley 80 de 1993), mandato que no podía eludirse en la medida en que no estaban dados los presupuestos para aplicar la *excepción* de la contratación directa (art. 2-4 lit. e de la Ley 1150 de 2007).

4.2.2.4. Sobre la capacidad financiera y la experiencia del proponente.

101. Ahora, según el censor, la valoración de la capacidad financiera y experiencia del proponente “*no son requisitos esenciales a la contratación directa*”. Ello por cuanto,

a la luz del art. 6° de la Ley 1150 de 2007, en dicha modalidad de selección del contratista “*no se exige el registro único de proponentes*”.

102. Tal aserto carece por completo de solidez, por lo que mal podría evidenciar la interpretación errónea de dicha norma. Antes bien, es la hermenéutica propuesta en la censura la que se aviene equivocada, pues i) parte de un presupuesto inaplicable, como es la -ya descartada- procedencia de la contratación directa en el convenio cuestionado; ii) se basa en un desatino argumentativo y iii) desconoce que, a tono con la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ SP2552-2020, rad. 56.609), la verificación de dichos requisitos *habilitantes* pertenece a la esencia de todo trámite contractual -al margen de la forma de acreditación, que es asunto distinto-, por ser una concreción de los principios de transparencia y selección objetiva.

103. En cuanto a lo primero, la propuesta interpretativa *ab initio* está cerrada a consideración, pues supondría aceptar que el contrato concernido podía tramitarse y celebrarse por la vía directa, algo que, como se vio, era improcedente en el presente asunto, por no comprender el objeto contractual ni la prestación convenida una transferencia tecnológica, sino la ejecución de obra pública (mantenimiento de la malla vial).

104. Sin perjuicio de ello, la Sala no puede pasar por alto la incorrección de lo propuesto por el censor, quien con una lectura tergiversada de la norma reclama un *efecto* que no se deriva del supuesto normativo traído a colación. Aun suponiendo hipotéticamente que estuviera legitimada la contratación directa, ello no implica que la administración se

encuentre facultada para *omitir* la verificación de las condiciones de los proponentes, máxime si se trata de requisitos *habilitantes*.

105. A ese respecto, si bien el art. 6° inc. 2° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el art. 221 del Decreto 19 de 2012, preceptúa que no se requerirá *del RUP* ni de clasificación en los casos de contratación directa, también es verdad que el último enunciado de la norma clarifica que, en todo caso, *corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la verificación de las condiciones de los proponentes*. La no obligatoriedad del RUP no quiere decir que la entidad estatal no debe establecer requisitos habilitantes, sino que su acreditación y verificación deberá hacerse mediante otros mecanismos y las particulares reglas definidas en el pliego de condiciones o documento equivalente.

106. Ese deber es ineludible y recae, desde luego, sobre aspectos *esenciales* al trámite contractual, en concreción de los principios de transparencia y selección objetiva. En ese sentido, en sentencia del 14 de julio de 2020¹⁵, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación puntualizó, de cara a la urgencia manifiesta, en tanto causal de *contratación directa*, que el carácter expedito de dicha vía de selección no implica la pérdida de vigencia de los principios que rigen la contratación estatal. Tales argumentos, *a fortiori*, resultan aplicables al asunto bajo examen:

Ahora bien, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, el carácter excepcional de la contratación directa...no supone que la misma sea ajena a los principios que rigen la contratación

¹⁵ Rad. 11001-03-15-000-2020-01686-00(CA)

estatal, como el de transparencia y el de selección objetiva. En ese sentido, en la sentencia de 7 de febrero de 2011, antes citada, la Subsección Tercera, Subsección C, señaló lo siguiente:

“Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, en ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

En conclusión, la contratación...no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades de este, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados”.

[...]

Así, en sentencia de 3 de diciembre de 2007¹⁶, en la que se pronunció sobre la demanda de nulidad incoada en contra del Decreto 2170 de 2002¹⁷, señaló que *“[...] la contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública”.*

107. Y de esa lógica naturalmente está nutrida la jurisprudencia de esta Sala, que mediante SP513-2018, rad. 50.530, en punto de la transparencia y la selección objetiva expuso:

¹⁶ Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01 (24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00 (28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31447) -Acumulados. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ “Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”.

A su vez, aquéllos encuentran plena justificación como medida de proscripción de la subjetividad en la selección del contratista, a tono con el art. 29 de la Ley 80 de 1993.

Según esta última norma, la selección de contratista será objetiva, entendida como la escogencia que se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. El ofrecimiento más favorable, aclara el texto normativo, es aquél que, teniendo en cuenta los *factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa*, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos *en dichos documentos*, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido.

108. En ese marco, respecto a la experiencia y capacidad financiera, en tanto referentes de verificación de la idoneidad del proponente, aspecto que concreta los principios de transparencia y selección objetiva y, por ende, constituye un requisito esencial de la fase precontractual, la Sala (CSJ SP2552-2020, rad. 56.609) tiene dicho que

la ley exige, como requisito de celebración del convenio de cooperación, la **reconocida idoneidad** de la persona jurídica sin ánimo de lucro que pretende se le adjudique, y no la de los aliados o subcontratistas que esta proyecta vincular a la ejecución del proyecto. En ese sentido, el protagonismo en la trayectoria y la capacidad técnica, administrativa y financiera para desarrollar el objeto contractual, debe poseerlo es el particular interesado en asociarse con la entidad estatal; pues, de lo contrario, esta debe seleccionar al aliado prestigioso -sin ánimo de lucro- que reúna esas cualidades.

[...]

Se confirmará la condena de... como coautor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, porque celebró el convenio de cooperación científica...sin verificar que esta carecía de *reconocida idoneidad* (experiencia y capacidad)

...Por esa vía, desconoció los principios de selección objetiva y transparencia.

No sobra advertir que la exigencia que de esas condiciones debe hacer la entidad estatal «*debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor*», según lo exige el artículo 5 de la Ley 1150/2007. Por esa razón, en tratándose de un convenio cuya cuantía superaba los 17 mil millones de pesos, el entonces representante legal del Departamento de La Guajira debió corroborar que la OLFIS contaba con los recursos humanos, financieros, y administrativos proporcionales, exigencia que no se satisfacía con la promesa de múltiples alianzas y subcontratos con terceros que, antes, revelaban la ausencia de aquéllos.

109. En ese asunto, en el que se examinó un punto de derecho similar al aquí analizado, se determinó que selección del proponente, pese a su falta de experiencia e *irrisoria capacidad financiera*, en relación con el objeto contractual a cumplir y la cuantía, constituyeron inobservancias esenciales al trámite contractual.

110. Esos mismos factores fueron referente de subsunción de los hechos¹⁸ aplicado por los juzgadores de instancia, quienes, con fundamento en el certificado de existencia y representación legal *aportado por el proponente GPC en el trámite contractual*, destacaron, por una parte, la *irrisoria capacidad financiera*¹⁹ de esa sociedad (capital pagado de \$5'000.000, respecto a un contrato de \$11.822.552.148); por otra,

¹⁸ Hechos que, en el ámbito de control de la violación directa de la ley sustancial, se tornan inamovibles e intangibles, así como la apreciación y valoración probatoria que soporta su declaración como probados.

¹⁹ La *capacidad financiera* busca establecer condiciones mínimas en relación con la «salud financiera» de los proponentes, particularmente demostrar su aptitud para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato a través del análisis de su liquidez, endeudamiento y razón de cobertura de intereses. En ese sentido, la capacidad financiera que la entidad requiera para un proceso de contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza, forma de pago, plazo, complejidad, riesgo y al valor del contrato. Además, los requisitos de capacidad financiera deben ser establecidos con fundamento en los estudios del sector. Cfr. Agencia Nacional de Contratación, Colombia Compra Eficiente. *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*. Departamento Nacional de Planeación, 2023, p. 20.

la inexistente experiencia²⁰ en obras de la persona jurídica GPC, constituida seis meses antes del proceso de selección.

111. En conclusión, la falta de análisis y verificación sería de la idoneidad del proponente bajo la óptica de la capacidad financiera y la experiencia para la ejecución del objeto contractual, en la conocida magnitud y cuantía, implicó el quebranto de los principios de transparencia y selección objetiva, esenciales a la fase precontractual. Ese aserto, dada la improsperidad del reproche bajo análisis, se mantiene incólume como fundamento del juicio positivo de tipicidad objetiva.

4.2.2.4. En cuanto al pago unitario.

112. Finalmente, el último reproche por el cargo de violación directa carece de prosperidad, dado que escapa al ámbito de la aplicación o hermenéutica normativas. En la unidad decisoria impugnada no se sostiene, como fundamento de imputación al tipo *objetivo*, que la acusada infringió algún requisito *esencial* a la celebración del contrato, derivado de la modificación de la forma de pago del precio -de manera global a unitaria- mediante el otrosí (cfr. num. 55 *supra*).

113. Dicho convenio subsiguiente y sus cláusulas fueron apreciadas y valoradas como *evidencia indicativa* y

²⁰ La *experiencia* requerida en un proceso de contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato, su valor, complejidad y riesgo. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades incluidas dentro del objeto del contrato a celebrar. De otra parte, la experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía, riesgo y la complejidad del negocio a celebrar. Cfr. *Ibíd.*, pp. 14-15.

confirmatoria de las irregularidades cometidas en la tramitación del convenio (cfr. num. 54.8 *supra*); la principal, cifrada en que, tratándose de una típica prestación de obra pública, se prescindió de la licitación bajo el pretexto de pactarse una actividad de transferencia tecnológica.

114. Con todo, ese razonar para nada es equivocado, pues si bien el pago a precios unitarios no es *privativo* de un contrato de obra, sí es un factor de clasificación de éste por la modalidad de pago (cfr. CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 5 sept. 2018, rad. 2.368). De suerte que, si producto de la subsunción normativa se concluyó que el cuestionado contrato no era de ciencia y tecnología, sino de obra pública, para nada desatinado se advierte que los juzgadores hubieran aludido al otrosí en el que se pactaron nuevas cláusulas, *más compatibles* con ese tipo de prestación que con una constitutiva de transferencia tecnológica.

4.2.3. Cargo por violación *indirecta*, derivada de error de hecho por falso juicio de identidad.

115. Para el censor, los juzgadores alteraron el contenido del otrosí al contrato de ciencia y tecnología N° 638 de 2013 (incorporado al juicio como evidencia N° 54), por cuanto al *apreciar* dicho documento indicaron que, a través de él, “se *modificó la causal de contratación de transferencia tecnológica a prestación de servicios*”, aserto que se consignó en las sentencias de instancia.

116. Cotejada tal afirmación con el contenido objetivo de la prueba, la Sala constata que efectivamente se alteró el contenido del documento, para ponerlo a decir algo que no

dice, lo cual comporta un falso juicio de identidad, *por tergiversación*.

116.1. El otrosí se divide en dos partes: una de “*consideraciones fácticas y jurídicas*” y otra correspondiente a las cláusulas modificatorias. Estas últimas son las que en estricto sentido contienen las variaciones al contrato originario y en ellas en manera alguna se pactó reconvenir el objeto contractual a prestación de servicios.

116.2. Ciertamente -al margen de que sea insostenible la contratación directa por transferencia tecnológica, como se determinó al resolver el cargo por violación directa-, el objeto pactado en el contrato original, según su cláusula primera, corresponde a “*aplicar la tecnología de parcheo por inyección neumática para acciones de movilidad en la malla vial de la ciudad de Bogotá, D.C., de conformidad con los estudios previos y la propuesta presentada, documentos que hacen parte integral del presente contrato*”. Ello ha de articularse con el título “*información general del contrato*”, en el que, en el aparte de “*tipología contractual*”, se estableció que era un contrato “*de ciencia y tecnología*”.

116.3. Tales previsiones en manera alguna fueron modificadas en el otrosí, pues por este instrumento únicamente se alteraron las cláusulas sexta y duodécima, referentes al pago del valor del contrato, que pasó de precio global a precios unitarios, y las coberturas de la garantía única.

116.4. Entonces, es inapropiado afirmar que el otrosí contiene cláusulas modificatorias *del objeto* contractual,

pues ello implica una alteración del contenido objetivo de la prueba. Ese yerro deriva de una tergiversación de expresiones contenidas en el aparte de “*consideraciones fácticas y jurídicas*”, en cuyo numeral sexto, alusivo al incumplimiento por no constitución de la garantía única, se aclara que el amparo ha de recaer “*sobre el servicio prestado, no sobre los bienes y equipos suministrados*”.

116.5. En concreto, en ese aparte se explica:

El 30 de enero de 2014 se citó al contratista para efectos de entregar la garantía única y sus argumentos para no cumplir se concentran en dos razones principalmente.

[...]

Cuando se requirió por el hecho de no haber optado por los mecanismos alternativos de protección de la garantía única, se argumentó que, *por costos, no estaban en disponibilidad de constituirlos, toda vez que se afectaba su modelo financiero.*

El 13 de febrero de 2014, *Green Patcher*, en oficio dirigido a MARÍA GILMA GÓMEZ SÁNCHEZ, informó sobre sus gestiones ante varias compañías de seguros para obtener la expedición de la garantía única exigida en el contrato de ciencia y tecnología N° 638 de 2013; especialmente con Seguros La Equidad, la cual sugiere los siguientes cambios para expedir la póliza:

Debido a que el contrato comprende la *prestación de un servicio al amparo de un contrato de ciencia y tecnología*, la aseguradora solicita que se modifique la cláusula duodécima para aclarar que el amparo es sobre el servicio prestado y no sobre los bienes y equipos suministrados. Por lo tanto, solicita que se aplique el art. 5.1.4.2.7. del Decreto 734 de 2012 y que el contrato tenga una vigencia de seis meses más. Igualmente solicitan eliminar la cláusula que le otorga el anticipo al contratista.

116.6. Por ello, es tergiversado entender que, por esa alusión “*al servicio*” cambió la tipología contractual, no solo porque -al margen de que ello sea injustificado- en el convenio

modificativo se sigue haciendo referencia a un “*contrato de ciencia y tecnología*”, sino debido a que i) dicha norma²¹ del Decreto 734 de 2012 aludía a la *garantía única*, no al contrato de prestación de servicios, y ii) el concepto rendido por el abogado Ernesto Matallana -consultor externo de la UAERMV-, que se integró al otrosí, equipara los contratos de ciencia y tecnología a los de prestación de servicios *en su origen normativo*, pero ello lo hace a fin de avalar la exigencia de la aseguradora, de amparar la calidad del servicio a prestar, no para variar *en el texto* la naturaleza del convenio de “*transferencia tecnológica*”.

116.7. Empero, el advertido yerro de apreciación es en todo caso *intrascendente* y, por ende, insuficiente para provocar que se case la sentencia, pues la supresión de esa afirmación tampoco afecta el juicio positivo de adecuación típica, por lo que quedaría en el vacío la aplicación indebida de la ley sustancial (art. 410 del C.P.).

116.8. Ello es así por cuanto la supuesta modificación del contrato de “*ciencia y tecnología*” a “*prestación de servicios*”, pese a ser una conclusión errónea, no se *adecuó* al tipo objetivo del art. 410 del C.P., bajo el entendido que ello constituye la infracción de un requisito esencial a la *celebración* de ese *convenio modificador*. Lo que en esencia se extrajo de la valoración de ese documento, fue que su expedición es *evidencia* que *corrobora* las irregularidades del

²¹ Artículo 5.1.4. *Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones*. La garantía deberá amparar los perjuicios o sanciones que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan en el presente artículo: 5.1.4.2.7. *Calidad del servicio*. El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

trámite contractual, sin que se hubiera catalogado como un defecto con aptitud, en sí mismo, para constituir una irregularidad esencial de celebración.

116.9. Y en ello coincide la Corte, pues la observación *completa* del otrosí, como pasa a exponerse, incluso permite extractar *más información* que apunta a la ilegalidad del trámite del cuestionado contrato, cifrada esencialmente en que el objeto correspondía materialmente a la ejecución de una obra pública, no a transferencia tecnológica alguna. Además, la *necesidad* de modificar el contrato en punto del pago del precio y la constitución de la garantía única igualmente corrobora la precariedad tanto de los estudios previos como del análisis de la idoneidad del proponente para serle adjudicado el contrato.

117. En cuanto a lo primero, en las “*consideraciones fácticas y jurídicas*”, si bien se destaca la causal de “*transferencia tecnológica*” y se sigue aludiendo a un contrato “*de ciencia y tecnología*”, en el extenso estudio que antecede a la modificación de las cláusulas²² también se advierten múltiples referencias a las competencias legales de la UAERMV para la ejecución de **obras de mantenimiento vial** y la necesidad de aquéllas para conjurar la crisis de la malla vial por huecos. A su vez, la modificación de la forma de pago del contrato, a precios unitarios, más que compatibilizarse

²² 1) Antecedentes; 2) el diagnóstico de los huecos del Distrito Capital; 3) información periodística sobre la problemática de los huecos y su efecto sobre los accidentes que ocasiona; 4) jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por accidentes ocasionados por huecos; 5) contratos de ciencia y tecnología; 6) diligencia de incumplimiento por la no constitución de la garantía única; 7) concepto jurídico para modificar la garantía de calidad de bienes suministrados por calidad de servicio y 8) terminación de la actuación administrativa para declarar el incumplimiento del contrato en aplicación del art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

con un proceso de transferencia de tecnología, se aviene a un factor clasificatorio de los tipos de contratos de obra.

117.1. A ese respecto, en el concepto del 5 sept. 2018, rad. 2.386, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, entre otros aspectos del contrato de obra pública, puntualiza:

El numeral 1° del artículo 32 del ECE, define el **contrato de obra como aquél cuyo objeto es la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles**, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago (...) El legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles. El legislador acogió entonces el criterio restrictivo de obra pública, que se diferencia del concepto más amplio, también reconocido en la doctrina comparada, del “*trabajo público*”, y lo limitó a un trabajo material sobre bienes inmuebles.

El contrato de obra tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, **mantenimiento, reparación** y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes **destinados a un servicio público o al uso común**.

[...]

En este marco, aquellas obras necesarias para corregir o enmendar los deterioros o menoscabos producidos en el tiempo por el natural uso del bien inmueble, son considerados en nuestra legislación nacional como contratos de obra. (...) Para la Sala el **contrato de mantenimiento** será considerado como contrato de obra cuando (i) recae sobre un bien inmueble, (ii) **la prestación a realizar queda incorporada al inmueble** y (iii) el mantenimiento tiene

como objetivo permitir que **el inmueble pueda seguir funcionando de manera adecuada.**

[...]

Tradicionalmente el contrato de obra pública se ha clasificado según la modalidad de pago, **en contratos de obra pública a precio unitario, a precio global, por administración delegada y por el sistema de reembolso de gastos.** En el derecho colombiano, esta clasificación se encontraba incorporada en el antiguo estatuto contractual consagrado en el Decreto Ley 222 de 1983. El actual estatuto contractual, en su artículo 32, numeral 1°, guarda silencio sobre su clasificación, lo cual permite inferir la posibilidad de mantener la práctica comercial de pactar estos contratos, según la modalidad de pago. Esta clasificación del contrato de obra, y sus diferencias en cuanto a las obligaciones y responsabilidad que asume cada parte, según la modalidad que corresponda, ha tenido importantes desarrollos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. (...) La modalidad de pago consagrada a partir de unidades de medida, o de cantidades de obra variable con precios unitarios constantes o fijos, no es un requisito exclusivo o excluyente de los contratos de prestación de servicios, pues puede pactarse en otro tipo de contratos, según surja de la libertad de configuración de las partes y de su autonomía de voluntad.

(...) **La modalidad de pago a precio unitario es generalmente utilizada para los contratos de obra y permite concretar la obligación de pago de la entidad estatal, según las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, canceladas de conformidad con los precios unitarios pactados.** En esta modalidad, y por la misma naturaleza del contrato que impide definir con certeza su valor real, se establecen unas estimaciones de cantidades de obra, según los estudios previos y unos precios unitarios de los respectivos ítems de obra. Se trata de un valor estimado, pues el valor definitivo y que corresponde al deber de la administración de reconocerlo y pagarlo, será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente pactadas por los precios unitarios consagrados en el contrato, dentro de los límites que el mismo contrato establezca. Por lo tanto, uno es el valor estimado del contrato y otro el valor real, según las mayores o menores cantidades de obra que efectivamente ejecute el contratista para cumplir el objeto pactado. Se puede afirmar que en esta modalidad la entidad estatal asume el riesgo de pagar las diferencias en cantidades de obra que realmente se ejecuten, siempre y cuando no exista modificación alguna en los ítems y prestaciones pactadas.

117.2. Tales aspectos coinciden tanto con las funciones de la unidad dirigida por la acusada, como con la prestación *real* pactada y la modificación de la forma de pago.

117.3. En cuanto a lo primero, en el otrosí -así como en los estudios previos y en el contrato mismo- se refiere que la UAERMV: i) según el Acuerdo 257 de 2006, tiene por objeto “programar y ejecutar las **obras** necesarias para garantizar la **rehabilitación** y el **mantenimiento** de la malla vial local” y ii) en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación N° 009 de 2011 suscrito con el IDU, deberá “**realizar obras** de conservación, acciones de movilidad de la malla vial y atención de emergencias en la ciudad de Bogotá, D.C.”.

117.4. Yendo más allá, en el otrosí por cuyo medio se modificó el convenio inicial se dice que

la UAERMV tiene como misión la de **mantener y rehabilitar preventiva y correctivamente la malla vial local, producir mezclas asfálticas**, atender situaciones imprevistas y brindar apoyo interinstitucional para garantizar una mejor movilidad en beneficio de la ciudad y, como visión en 2017, la UAERMV proyecta ser reconocida como la entidad que ha recuperado y mantiene en buen estado la totalidad de la malla vial local, con capacidad de reacción inmediata, personal experto e infraestructura moderna; **líder en procesos de producción de mezclas asfálticas e insumos para su autoabastecimiento, la generación de excedentes para su comercialización y la prestación de servicios que garanticen su autosostenibilidad**. Además, **cuenta con equipos técnicos**, experiencia técnica y administrativa requerida para garantizar la eficaz ejecución del objeto que se alude en el contrato y a destinar los recursos eficazmente para el cumplimiento del objetivo contractual.

117.5. De cara al “pago del valor del contrato”, la cláusula sexta modificada indica que “la UAERMV pagará al contratista el valor de este contrato de acuerdo con la

aplicación de mezcla asfáltica fría por m3 compactado”, convención del todo compatible con la modalidad clasificatoria de los contratos de obra, atrás descrita (num. 117.1. supra). A ese respecto, a renglón seguido, las partes estipularon: “FORMA DE PAGO: previa programación del Plan Anual de Caja, se cancelará mensualmente por período vencido y m3 compactado recibido a satisfacción, con la presentación del acta de recibo parcial juntamente con la factura”.

118. Aunado a lo anterior, la *necesidad de modificar* el contrato mediante otrosí, cuya causa no fue otra que la imposibilidad de iniciarlo por ausencia de expedición de la garantía única pactada, efectivamente *ratifica* la precariedad de los estudios previos, así como la ligereza del análisis de la idoneidad del proponente para serle adjudicado el contrato.

118.1. El mentado documento es evidencia clara de que las aseguradoras no expedieron pólizas de garantía por la *insuficiente capacidad financiera* del contratista, algo que permitía prever el alto riesgo de amparar la entrega de anticipos a un contratista con tan limitado capital. No de otra manera se explica que en el otrosí se destacara, en relación con la garantía única, que el contratista, “*por costos, no estaba en disponibilidad de constituirla, toda vez que se afectaba su modelo financiero*”, así como que la aseguradora “*igualmente solicita eliminar la cláusula que le otorga el anticipo al contratista*”.

118.2. Sobre la *insuficiente capacidad financiera* del entonces proponente, en el comité de contratación del 20 de diciembre de 2013 -presidido por MARÍA GILMA GÓMEZ

SÁNCHEZ²³-, en el que se ajustaron los estudios previos, varios de sus asesores advirtieron la desproporción entre el cuantioso valor del contrato y el ínfimo capital que, para ese momento, acreditaba GPC.

118.2.1. En ese sentido, en el audio de la reunión, incorporado en el juicio, se escucha decir a Juan Carlos Montes Fernández, subdirector técnico de la UAERMV: “**lo que hay con este tema de la contratación directa es una actitud kamikaze; esto es una vaina kamikaze. Porque ¿qué es lo que hay en realidad?: una empresa que está constituida este año, un capital o acciones que valen \$5'000.000...yo no sé si ellos la mejoraron. ¿Y les vamos a dar un contrato directo de \$10'000.000.000?**”

118.2.2. Esa interpelación fue respuesta a una observación hecha por la ingeniera GÓMEZ SÁNCHEZ, quien activó una “*moción de procedimiento*”, “*porque tenemos una discusión que nos va a generar dificultades. Nosotros dijimos hace tiempo, y lo asumimos en el Manual de Contratación, estos son los indicadores que tenemos siempre: 1.2% el índice de liquidez, el capital de trabajo el 30% del presupuesto oficial y el nivel de endeudamiento menor o igual al 65%...Pero eso hay que modificarlo, porque, según eso, ellos deberían tener un capital de trabajo de \$3.000.000.000 y eso tiene que estar justificado, ¿por qué nosotros lo bajamos? Nosotros lo podemos modificar, pero esa modificación tiene que justificarse*”.

²³ La acusada dirigió la reunión y leyó en voz alta todo el proyecto de estudios previos, al que se le iban haciendo observaciones y correcciones tanto por ella como por sus asesores.

118.2.3. Tras la advertencia del capital de \$5'000.000 del proponente, se suscitó una discusión sobre si lo más procedente era pactar un contrato por administración delegada, lo cual se descartó por el ingeniero Vásquez, debido a que *“el monto es mucho”*. La acusada, ante la interpelación de otra participante a quien le *“preocupaba es que no tuvieran los \$3.000.000.000”*, expresó: *“no van a tener \$3.000.000.000, van a tener \$1.000.000.000. ¿Y por qué mil? Porque nosotros les damos un mes para pagar el anticipo. Esa es la razón por la que estamos diciendo ‘nosotros nos demoramos, proyectamos que nos demoramos dos meses y la primera cuenta la paga usted al tercer mes’”*.

118.2.4. Para superar esa discusión, la secretaria general Constanza Aguja hizo una advertencia, con la que se superó la controversia sobre la capacidad financiera para pasar al punto de la experiencia del proponente. Sobre ese aspecto, aquella dijo: *“nosotros vamos a dar un anticipo del 50%. En este momento y dadas las circunstancias de la norma, con el anticipo estamos protegidos por una póliza y por la fiducia. Yo diría que financieramente uno podría decir que, si bien la empresa es nueva y su capital o flujo de caja corresponde a tanto, los recursos están protegidos por la póliza y la fiducia”*.

118.3. Empero, ello suponía la capacidad del contratista de ofrecer alguna garantía por cuenta propia (fiduciaria, bancaria o depósito de dinero o de títulos valores) o la efectiva expedición de una póliza de seguros. Mas lo primero, como se consignó en el otrosí, era imposible, pues por costos GPC *“no estaban en disponibilidad de constituirlos, toda vez que se afectaba su modelo financiero”*; y la segunda opción

fue denegada por las aseguradoras, salvo La Equidad, la cual accedió a expedirla, pero condicionándola a excluir de amparo la entrega del anticipo.

118.4. Y es que, como ya se había advertido desde el comité, según el Manual de Contratación de la UAEMRV (Resolución N° 326 de 2013) en su Capítulo III, atinente al “*análisis y evaluación de las propuestas y adjudicación y firma del contrato*”, el capital de trabajo deberá ser igual o superior al 30% del valor del presupuesto oficial del contrato, porcentaje que para nada podía alcanzarse con el capital *pagado* de \$5'000.000 de constitución inicial de la sociedad -que era el conocido por la acusada y sus asesores al momento de confección de los estudios previos- y tampoco con el de \$105.000.000 al que ascendió luego de las reformas societarias visibles en el certificado de existencia y representación legal del 23 de diciembre de 2013 (N° R40332702), pues siendo el valor del contrato de \$11.822.552.148, la liquidez operativa *mínima* del contratista debía ascender a \$141.870.625.

118.5. Pero más allá de la objetiva incapacidad financiera del proponente y luego contratista, el comité deja en evidencia la absoluta consciencia que la procesada tenía de ese factor, así como de la condescendencia que se tuvo con la sociedad GPC para eludir o flexibilizar tal aspecto, a fin de adjudicarle el contrato a como diera lugar. No otra cosa puede inferirse de la siguiente intervención de MARÍA GILMA GÓMEZ SÁNCHEZ, en conjunción con la secretaria general, en esa reunión:

-Sería construir el argumento a partir de ahí, para decir que **no se exigirán requisitos de carácter financiero**. Y además se refuerza diciendo que se va a entregar un anticipo, que es como un préstamo que le hago a la persona para que inicie la ejecución. Yo le estoy dando el flujo de caja, debidamente protegido por una póliza de garantía del 100% por buena inversión y manejo del anticipo adicionado al artículo tal (sic) de la 1474, que dice que deben ser manejados en una fiducia por tratarse de un contrato **de obra pública**, para no exigir capacidad financiera.

-No le pondríamos capacidad financiera aquí, o sea, no lo escribiríamos en últimas, así como sacamos lo del RUP.

-Y con un concepto decimos que se trata de contratación directa y no se incluye el RUP.

118.6. Esa visión fue interpelada por otro de los participantes, quien señaló que “*no ponerla es alertar a los órganos de control, darle un campanazo*”, a lo que uno de los asesores mostró inquietud por tal supresión: “*¿contratación directa de \$10.000.000.000 no exige capacidad financiera? ¿No les exigen capacidad financiera? ¿Basta con que ellos digan somos los únicos que tenemos esa ciencia o este conocimiento?*”. No obstante, el tema se dejó ahí y lo cierto es que ese factor de evaluación de la idoneidad del proponente no se tuvo en cuenta y *fue excluido de los estudios previos*, bajo el pretexto errado (cfr. num. 104-106 *supra*) de no ser necesaria la valoración de dicho factor en la contratación directa.²⁴

119. Por otra parte, la exigencia de modificación de la forma de pago a la modalidad unitaria es concordante con lo que ya la secretaria general había mencionado en la reunión acerca de “*tratarse de un contrato de obra*”. Ello explica que Seguros La Equidad hubiera solicitado la modificación de la

²⁴ En efecto, en el num. 6° de los estudios previos, en lo concerniente a los requisitos habilitantes, únicamente se dejaron los criterios de experiencia específica, capacidad técnica mínima, maquinaria y equipo, así como requisitos jurídicos.

cláusula duodécima para amparar el servicio prestado, no el -inexistente- proceso de transferencia de tecnología para aplicación de ésta por cuenta propia. Incluso, pese a los argumentos jurídicos expuestos por el asesor legal externo Ernesto Matallana, sobre la supuesta transferencia tecnológica, éste siempre tuvo claridad, como lo dijo en el comité, de que *“eso es una actividad material sobre un bien inmueble; es una actividad de mantenimiento. Es una actividad de intervención inmediata con características muy particulares, pero para mí esto es un **mantenimiento**. No me queda duda”*.

120. Ese mantenimiento, además, podía haberse contratado con pluralidad de ofertas. No es cierto que únicamente GPC contara con la tecnología de *“parcheo por inyección a presión neumática”* (objeto previsto en los estudios previos y fijado en el contrato). El extenso preámbulo fáctico-jurídico que antecede a la modificación de las dos cláusulas mencionadas reitera la precariedad de los estudios previos, pues, *ya estando celebrado el contrato*, se incluyeron aspectos técnicos con los que *ex post* quiso justificarse la selección de GPC y la supuesta innovación de método *Velocity Patching*, que también quiso mostrarse como único y exclusivo, pese a que la acusada y sus asesores contaban con documentación que mostraba lo contrario, algo que también se puso de presente de viva voz en el plurimencionado comité.

120.1. Sobre ese particular, el ingeniero Juan Carlos Montes Fernández, subdirector técnico de producción e intervención de la UAERMV, interpeló a quien sostuvo que ellos (el proponente) *“son exclusivos, son los únicos en el mundo*

que hacen eso”. A esto, el señor Montes Fernández respondió: “No. Eso es falso que sean los únicos en el mundo. En Colombia es diferente; en el mundo lo hace mucha gente (...) esa tecnología la tienen en el mundo varias empresas”.

120.2. Esta última opinión es del todo fundada, pues es coincidente con el documento denominado “*Actividades de Parcheo o Bacheo Eficientes. Análisis de Información y Comparación de Alternativas*”, producido por el Grupo de Investigación y Desarrollo del IDU, en colaboración con la UAERMV, en agosto de 2013. En el num. 5°, alusivo a las “*técnicas de inyección*”, se advierte que “*a nivel mundial se pueden encontrar diferentes marcas y equipos existentes en el mercado internacional, que se convierten en alternativas viables para atender de manera eficiente la reparación de capas de rodadura en pavimentos*”, entre ellas, Schwarze Industries (EEUU), Bergkamp Pavement Preservation Solutions (EEUU), Python Manufacturing (Canadá), Jetpatcher (Reino Unido), Speedcradts Pothole Repairing Machine y Crafcó (EEUU).

120.3. Al describir las prestaciones ofrecidas por dichas empresas, de acuerdo con sus métodos y tecnologías, en el documento se precisa: “*generalmente, son vehículos equipados con las herramientas para **limpieza, lanzado y compactación** (que puede ser...a manera de **inyección a presión**). Adicionalmente, pueden almacenar **mezcla asfáltica en caliente o fría**, agregados y emulsión. Los tanques de almacenamiento de mezcla...incluyen el sistema de limpieza a presión e irrigación de emulsión para liga. El rendimiento del tapado o cubrimiento de un hueco o bache es de 15 min.*

aprox.; en algunos casos se reporta rendimiento de 2 min. por hueco”.

120.4. Adicionalmente, como lo estableció el *a quo*, esa información encuentra respaldo en el oficio del 10 de septiembre de 2013, procedente de la empresa *Jetpatcher-México* y la consulta *web* efectuada a la empresa *Aguilar Construcciones*, con sede en Bogotá, en las cuales se describen características y precios, evidenciando que para entonces existían otras compañías que ofrecían la maquinaria a través del método propuesto por GPC: “*parcheo por inyección a presión neumática*”. En ese sentido, además, se pronunció el testigo Juan Carlos Campos Ríos, empleado de *Aguilar Construcciones*, quien aseveró que esta compañía cuenta con una máquina idéntica a la denominada *Velocity Patching*.

120.5. Esa información es igualmente compatible con las evidencias N° 51 y 52, apreciadas por los juzgadores de instancia, en las que algunas de las mencionadas empresas y otras más (*VT Lee Boy, Pesco, Total Patcher, AutoPatch, Empire Tech, Dura Patcher y Roadpatcher*) describen las prestaciones de sus máquinas *bacheadoras*, que al contrastarse con la propuesta de GPC, en relación con la tecnología *Velocity Patching*, permite concluir que el método genérico para *parcheo*, distinto al tradicional, se denomina “*inyección a presión neumática*” y, como especie, puede haber mezclas “*en caliente o frío*”.

120.6. Ambas especies comparten las mismas fases de aplicación, a saber: i) limpieza de impurezas con compresor; ii) aplicación de la emulsión que cubre y sella la superficie en

reparación; iii) compactación uniforme con presión neumática a mayor o menor velocidad y iv) última aplicación de emulsión y aditivos para aceleración de secado, con apertura de tráfico. *Velocity* apenas presenta una ventaja comparativa en el tiempo de secado, por utilizar mezcla *en frío*. Este factor, si bien implica innovación y representa una ventaja comparativa, es apenas accesoria e insuficiente para constituir una tecnología absolutamente novedosa o extraordinaria.

121. Ahora bien, en cuanto al ligero examen de la experiencia del proponente GPC, en la realización de obras públicas de mantenimiento vial en Colombia, lo cierto es que tal factor, como se desprende de lo discutido en el Comité, llevado a cabo el 20 de diciembre de 2013, se *presupuso* cumplido sin una rigurosa verificación.

121.1. En la reunión se aludió a un capital de \$5.000.000, así como a una empresa cuyo representante legal es un actor de televisión (Juan Pablo Posada, quien constituyó la sociedad GPC como accionista *único* el 5 de junio de 2013). Ello indica que la documentación con la que se analizó el asunto *en ese momento* también era precaria y desactualizada, pues, según el certificado de existencia y representación legal del 23 de diciembre de 2013 (N° R040332702), el 11 y 18 de noviembre de ese año hubo reformas estatutarias en la composición societaria, la representación legal y los montos de capital (autorizado, suscrito y pagado). Estos dos últimos aspectos son allí verificables, pues el representante legal titular ya no era el señor Posada, sino Volker Dietrich Degenhardt, y el capital pagado ascendió a \$105.000.000. Empero, tal información

era desconocida por la acusada y sus asesores, quienes en todo caso adoptaron decisiones.

121.2. Pero más allá, el contrato se suscribió con la convicción de que a GPC estaban asociadas las empresas extranjeras que poseían los derechos de propiedad industrial del método y la tecnología ofrecidos, aplicados por ellas en el exterior. Sin embargo, ello *no podía verificarse* adecuadamente con la documentación integrante del expediente contractual *al momento de la suscripción del convenio*, pues al respecto no se aportaron actas ni certificados aptos para acreditar tal aspecto, sino una constancia suscrita por Volker Degenhardt, representante legal de GPC, quien, *careciendo de potestad certificadora*, informó sobre “*la experiencia*” de los accionistas Velocity Patching Limited y Green Patcher México.

121.3. Mas lo cierto es que dichas compañías no figuran como accionistas en el certificado de existencia y representación legal R040332702 ni en el certificado de inscripción, clasificación y calificación R040339320 de la *microempresa* Green Patcher Colombia S.A.S., documentos con los que, se insiste, fue que se seleccionó al proponente y se suscribió el contrato²⁵. Y así hayan hecho parte de GPC, lo trascendente es que, de cara a la ilegalidad nuclear que vicia tanto el trámite contractual como la celebración del contrato, no se pactó objeto alguno de transferencia tecnológica sino acciones de mantenimiento constitutivas de obra pública.

²⁵ Las copias de las Actas N° 3 y 4 de la Asamblea de Accionistas de GPC, fueron expedidas por la Cámara de Comercio de Bogotá el **22 de junio de 2017** y se incorporaron al juicio como prueba de la defensa, *sin que integraran el expediente contractual*.

122. Con fundamento en lo hasta aquí analizado, también queda en el vacío lo alegado por el censor en cuanto a la supuesta falta de prueba sobre el dolo con el que actuó la acusada. El análisis de tipicidad subjetiva aplicado por los juzgadores de instancia no decae porque, erróneamente, hayan considerado que con el otrosí se varió la tipología contractual.

122.1. El conocimiento atribuido a la ingeniera civil MARÍA GILMA GÓMEZ SÁNCHEZ de tramitar y celebrar un contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales se funda en una estructura en la que tal conclusión es indiferente, pues, como se clarificó, el otrosí es una evidencia que refuerza, en lo objetivo, la ilegalidad del procedimiento contractual y del convenio mismo.

122.2. El dolo, en verdad, se infiere de la participación directa y activa de la acusada en el trámite contractual, especialmente en el comité de contratación, en el que pudo evidenciar la falta de idoneidad del proponente, así como las múltiples razones fácticas y jurídicas que impedían considerar el objeto a contratar como una transferencia tecnológica. Además, como acertadamente lo analizaron los juzgadores, la procesada fue advertida por varios de sus asesores de la inviabilidad de contratar directamente y, en el comité, se “*maquinaron*” eventuales defensas en escenarios penales.

122.3. En ello va a profundizar la Corte. La dinámica de discusión dada en esa reunión muestra que, en lugar de asesorarse adecuada, objetiva e imparcialmente, a fin de establecer cuál era la vía jurídica correcta para contratar y

ejecutar las obras de mantenimiento de la malla vial requeridas en la ciudad, la acusada había decidido ya que GPC sería seleccionado para ello y, a como diera lugar, se buscaron argumentos para “*defender*” esa irresponsable y terca determinación.

122.4. A la supresión de las exigencias de capacidad financiera, decidida y aplicada en el comité, junto a las advertencias de emprender una acción “*suicida*” si se contratara directamente y de no ser cierto que GPC fuera la única empresa capaz de ofrecer la tecnología de parcheo por inyección a presión neumática, hay otros aspectos que vale la pena analizar, en punto del propósito de la reunión y la intencionalidad subyacente a las medidas de contratación adoptadas.

122.5. En primer lugar, no es cierto, como lo dice el censor, que la secretaria general de la unidad “*asintió*” sobre la viabilidad de contratar directamente. Finalmente suscribió los estudios previos, pero lo que dicha funcionaria expresó en el comité fue inquietud por eludir la licitación pública: “*yo sí le tengo temor a la figura...yo tengo muchos amigos abogados y les he enviado información. Otro abogado me decía, Constanza, no vaya a firmar porque el criterio general es que obra pública es licitación pública. No sé si de pronto el objeto está muy dirigido a obra pública*”.

122.6. Como segunda medida, si bien uno de los raseros a evaluar en la actividad contractual del Estado es el respeto de los límites legales, entre ellos el ámbito sancionatorio, más que una sana discusión sobre la operatividad en la función administrativa, abierta a optar por

la opción ajustada a la ley, varios participantes idearon argumentos para eludir declaratorias de responsabilidad, ya con la convicción de que se abrirían espacios de posible comisión de delitos.

122.6.1. Sobre el particular, María Constanza Aguja anticipó que “eso **se va pa’ (sic) Fiscalía**” y luego instó al equipo a tener “*unidad de criterio **al momento de la defensa**, porque uno no puede llegar allá a decir ‘ah, fue porque me obligaron o porque no sabía’*”. En ese sentido, ante el argumento de “*prevalencia del interés público*”, expuesto por el abogado Matallana, uno de los asistentes cuestionó: “*¿ese interés público **desmonta el dolo**? Porque ellos van a tratar de encarar el dolo tanto desde el punto de vista fiscal como penal... Los órganos de control, lo primero que van a decir, es que **eso es una celebración de contrato sin requisitos legales***”.

122.7. En tercer orden, si del comité surgieron tantas dudas sobre la procedencia de la contratación directa por ciencia y tecnología, máxime que en el trámite contractual el abogado Juan David Castro García, experto en propiedad industrial, conceptuó que GPC no podía transferir tecnología por no ser titular de los derechos para ello, la acusada, *pudiendo* hacerlo, se abstuvo de consultar a COLCIENCIAS.

122.7.1. Si bien, se insiste, no tenía *el deber* de obtener un aval de esa entidad para proseguir con el trámite de selección directa, también es verdad que *conocía* de la

competencia consultiva (art. 20 de la Ley 1286 de 2009²⁶) de tal organismo perteneciente al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, a fin de clarificar si el objeto contractual podía considerarse como actividad científica o tecnológica. Mas pese al espinoso panorama advertido en el comité, *prefirió* no acudir a dicho ente, con cuya asesoría podía zanjar las discusiones al respecto.

122.7.2. En efecto, en la consideración N° 8 del contrato se citó la Circular N° 6 de 2013, expedida por Colombia Compra Eficiente, alusiva al listado de actividades de ciencia y tecnología que se podían contratar directamente. Sin embargo, el inc. 2° del num. 1° de la circular también especifica que *“las dudas de las entidades estatales ejecutoras sobre la catalogación de actividades científicas, tecnológicas y de innovación, debe aclararlas el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación-COLCIENCIAS, autoridad competente en la materia”*.

122.7.3. Empero, la procesada prefirió proseguir con la contratación sin acudir a esa autoridad. Fue luego de suscrito el convenio y retrasada su ejecución que maximizó su interés consultivo, ante la emisión de un concepto rendido el 11 de febrero de 2014 por la Dirección de Desarrollo Tecnológico e Innovación de COLCIENCIAS, dirigido a la Veeduría Distrital, que optó por requerir un concepto del abogado Ernesto Rengifo García, emitido el 12 de marzo de 2014, para *contradecir* lo concluido por COLCIENCIAS, en

²⁶ Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones.

punto de la imposibilidad de que GPC transfiriera tecnología a la UAEMRV.

122.7.4. Ese concepto, valga aclarar, no fue inobservado por los juzgadores, como lo insinúa el demandante. Es éste quien recorta su contenido objetivo, pues es cierto que COLCIENCIAS opinó que la tecnología en cuestión era novedosa, por no haberse aplicado en Colombia. Mas a renglón seguido aclaró, en concordancia con las precisiones conceptuales aquí desarrolladas (cfr. num. 97 *supra*), que los términos del contrato no configuran transferencia de tecnología a la UAERMV, máxime que esa tecnología ya estaba siendo comercializada.

123. Por último, es evidente que el concepto jurídico rendido por el abogado Ernesto Matallana -acorde con el cual la *mera aplicación* de la tecnología ofrecida por el proponente en la ejecución de obras de mantenimiento vial constituía un proceso de transferencia habilitante de la contratación directa- es errado (cfr. num. 97-98 *supra*). Pero esa equivocada asesoría dada a la acusada en manera alguna diluye el dolo, pues aquella tuvo a su alcance opiniones jurídicas contrarias, que insistían en la imposibilidad de transferencia tecnológica y en la necesidad de la licitación.

123.1. Además, tenía conocimiento de múltiples factores de irregularidad en el trámite, de los que se infiere su conocimiento de impulsar y perfeccionar un proceso contractual con incumplimiento de requisitos esenciales, el cual pretendió "*blindar*" con un concepto jurídico deleznable, a saber: i) la incapacidad financiera del proponente; ii) la ausencia de titularidad de aquél de los derechos de propiedad

industrial sobre el método y la tecnología; iii) la inviable apropiación o incorporación de tecnología o conocimiento para aplicarse a futuro en los procesos productivos a cargo de la unidad; iv) la advertencia de que GPC no era la única empresa que ofrecía el método de parcheo por inyección a presión neumática y v) la advertencia de traspasar límites que podían comportar responsabilidad penal si se adoptaba la contratación directa.

123.2. Todos esos hechos indicadores, articulados y valorados en un solo tejido, permiten a la Corte concluir, en sintonía con los juzgadores de instancia, que la acusada no violó los requisitos esenciales de trámite y celebración determinada en error por la opinión de su asesor, sino que esa asesoría, más que un medio objetivo para determinar la vía de contratación adecuada, se tornó en la exploración de estrategias para defenderse de escenarios sancionatorios, ya anticipados por varios participantes del proceso precontractual.

124. Así que, contrario a lo expuesto por el censor, la selección del proponente y la suscripción del contrato por la vía directa en manera alguna estaban justificadas. Tampoco puede admitirse que el comportamiento de la acusada careció de dolo o se explica en un error sobre la licitud de su actuar.

125. Por consiguiente, la falta de solidez de los reproches también comporta la improsperidad del cargo por violación indirecta de la ley sustancial.

4.3. Conclusión.

126. De suerte que, no existiendo vicio procesal que invalide la actuación y descartándose tanto la aplicación indebida del art. 410 del C.P., en vista de la improsperidad de múltiples reproches y falta de trascendencia de otros para trastocar la declaratoria de responsabilidad, no hay lugar a casar la decisión sentencia impugnada con fundamento en los cargos formulados en la demanda. Antes bien, el análisis aplicado por la Corte, en respuesta a los cargos de la demanda, permite ratificar la corrección de la decisión condenatoria.

127. No obstante, la Sala detecta una violación al debido proceso sancionatorio que será corregido enseguida.

4.4. Casación oficiosa.

128. Como se reseñó en los antecedentes, pese a que, acorde con la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ SP3724-2018, rad. 51.839), la inhabilidad de que trata el art. 122 inc. 5° de la Constitución opera de pleno derecho, sin necesidad de que se imponga en la sentencia condenatoria, lo cierto es que el *a quo* la impuso, sin que el tribunal detectara que no había lugar a ello.

129. Según la norma en mención, *“sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de*

*delitos que **afecten el patrimonio del Estado** o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”.*

130. Empero, el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410 del C.P.) no concierne a la protección del patrimonio público, lo que torna ilegal la imposición de la inhabilidad. Aunque es un delito que perturba el correcto funcionamiento de la administración pública, la dirección de ataque²⁷ al bien jurídico funcional afecta al principio de legalidad, sin involucrarse las máximas de eficiencia y eficacia (art. 209 de la Constitución), cuya trasgresión se materializa en la mengua ilícita del erario, como sucede en el peculado.

131. En ese sentido, no sobra recordar que la conducta típica por la que se condena a la acusada concierne a la *inobservancia de requisitos legales*, no a irregularidades que hayan podido presentarse en la fase de ejecución contractual con impacto en el patrimonio estatal.

132. Por consiguiente, no hay lugar a sancionar a la procesada con la referida inhabilidad, que será suprimida de la condena.

²⁷ Sobre los distintos perfiles ofensivos de los delitos contra el correcto funcionamiento de la administración pública, cfr., entre otros, CSJ AP1499-2021, rad. 59.108.

En mérito de 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,

RESUELVE

Primero: no casar la sentencia impugnada por los motivos constitutivos de los cargos formulados en la demanda de casación.

Segundo: casar oficiosa y parcialmente el fallo de segunda instancia, para suprimir la condena a inhabilidad intemporal prevista en el art. 122 inc. 5° de la Constitución. En lo demás, la decisión permanece incólume.

Tercero: advertir que contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



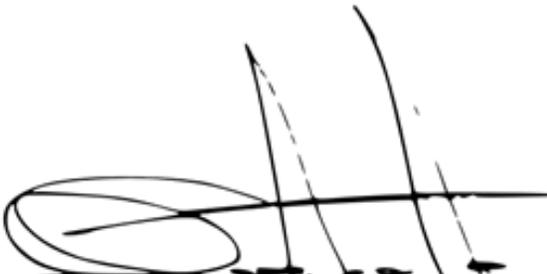
024

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Sala Casación



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

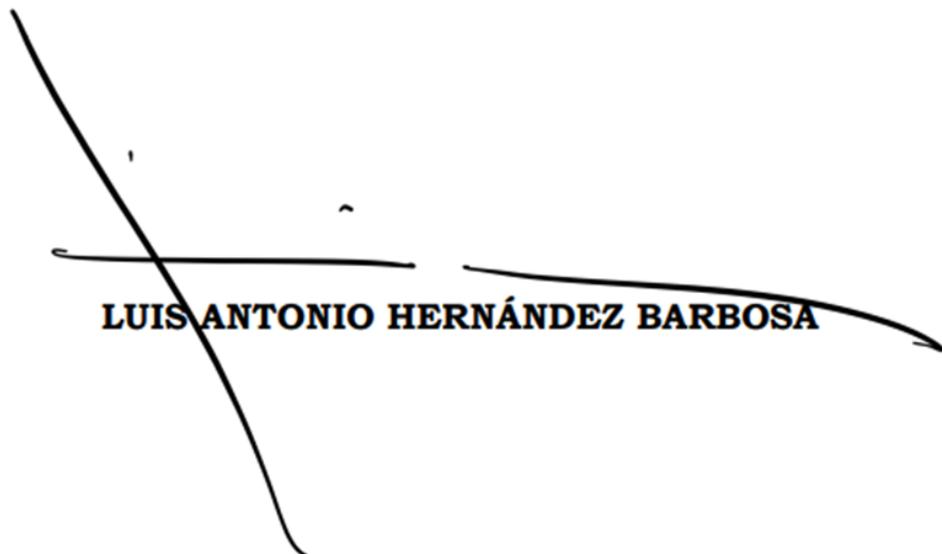


GERSON CHAVERRA CASTRO



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Sala



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


HUGO QUINTERO BERNATE


CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Sala Casación Penal

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria