



Compartido por:



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 250002326000202100490 01 (69492)
Actor: INGENIAN SOFTWARE S.A.S.
Demandado: NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA
FUNCIÓN PÚBLICA
Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES

Temas: *NULIDAD ABSOLUTA DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES E INEFICACIA DE PLENO DERECHO / alcance y diferencias de los referidos remedios – CLÁUSULA DE PAGO / fue modificada durante la ejecución para garantizar que el interventor recibiera su contraprestación por las actividades de seguimiento realizadas.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, el 28 de septiembre de 2022, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno a la declaratoria de incumplimiento del contrato de interventoría 349 celebrado entre los extremos procesales y a la nulidad de las decisiones que lo liquidaron unilateralmente, pretensiones que se sustentan en el hecho de que el pago de la retribución pactada en favor de la sociedad interventora adolecía de ineficacia, en tanto pendía de la efectiva ejecución del contrato objeto de seguimiento, de suerte que la prestación pactada en favor de la actora terminaba dependiendo de la voluntad de un tercero y no de su correcta gestión.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

2. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 14 de octubre de 2021 por la sociedad Ingenian Software S.A.S., en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en contra del Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP, con el fin de que se declarara el incumplimiento del contrato de interventoría 349 de 2017; se declarara la nulidad de las resoluciones 501 del 28 de agosto de 2019 y 676 del 18 de noviembre siguiente, por las cuales se liquidó unilateralmente el contrato y se resolvió el recurso de reposición presentado en su contra, confirmándola; se condenara a la demandada a pagar a título de perjuicios derivados de la falta de pago de los hitos 2 a 6, la suma de \$377'952.000, más \$136'062.720 por concepto de intereses moratorios.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos relevantes:

- Previa concurso de méritos, el 20 de noviembre de 2017, el Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP y la sociedad Ingenian Software S.A.S. celebraron el contrato 349, cuyo objeto consistió en realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera, contable y jurídica al contrato de prestación de servicios No. 254¹ celebrado el 12 de septiembre de 2017 con ADA S.A., para la implementación, puesta en marcha, migración, capacitación, soporte y mantenimiento del sistema de información y gestión del empleo público en segunda versión SIGEP II. El precio pactado ascendió a \$1.190'000.000.

- El contrato de interventoría inició su ejecución el 22 de noviembre de 2017 por un plazo de 8 meses y nueve días, que habría de finalizar el 31 de julio de 2018, fecha en que también culminaba el plazo del contrato de prestación de servicios objeto de seguimiento. Se acordó que el precio se reconocería en seis pagos, previa entrega a satisfacción y aprobación del supervisor de los hitos previstos en el cronograma.

Además, en el clausulado de este negocio jurídico se acordó que la ejecución del contrato de interventoría estaría sujeta a la efectiva ejecución del contrato de prestación de servicios, por lo que los actos que dispusieran la suspensión,

¹ Se precisa que en los documentos contractuales que integraron el acervo probatorio, a este contrato se le denominó de prestación de servicios, pese a lo cual, en varias ocasiones, en esos mismos textos, se aludió como contrato de consultoría. Para efectos de esta providencia, la Sala hará referencia a ese acuerdo como contrato de prestación de servicios.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

terminación o liquidación de este comportarían la misma suerte para aquel, sin que hubiera lugar a indemnización alguna o a pagar lo correspondiente a lo no ejecutado.

- La entidad realizó el primer pago correspondiente al hito 1, no obstante, se abstuvo de pagar la factura asociada al hito 4, bajo la comprensión de que el contratista de prestación de servicios no había cumplido las obligaciones respecto de esa fase.

- Ante la petición presentada por el demandante, relativa al hecho de que debía recibir el pago de la totalidad de los servicios prestados, al margen de que existiera incumplimiento del contrato objeto de seguimiento, el 29 de junio de 2018, las partes del contrato de interventoría suscribieron el modificadorio 1, por virtud del cual variaron la forma de pago, en el sentido de que el 70% del valor se pagaría dentro de los treinta días siguientes a la firma de ese documento y el 30% se haría previa entrega de los hitos correspondientes, de acuerdo con lo convenido en el contrato original.

Durante la ejecución del contrato, la sociedad demandante recibió un primer pago de \$428'000.000 y un segundo desembolso por la suma de \$384'048.000 por concepto del 70% del valor del contrato acordado en el modificadorio 1, por lo que quedó pendiente de reconocimiento la suma de \$164'592.000, equivalente al 30% faltante, más \$213'360.000 correspondiente al pago No. 6 previsto en el literal e) de la cláusula quinta, asociado a la entrega total a satisfacción del SIGEP II en producción.

La contratista presentó reclamación a la entidad para que le reconociera el pago del saldo restante, petición que fue despachada desfavorablemente por la entidad, bajo el argumento de que, según lo pactado, la procedencia del pago del saldo pendiente estaría sujeta a la ejecución del contrato de prestación de servicios, el cual había sido incumplido.

El contrato de interventoría finalizó el 31 de julio de 2018, puesto que el contratista rehusó la suscripción de una prórroga.

El 28 de agosto de 2019, la entidad liquidó unilateralmente el contrato de interventoría, decisión que fue confirmada a través de la Resolución 676 de 2019, luego de resolver el recurso de reposición formulado en contra de aquella.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

Se sostiene que los actos administrativos en comento dejaron de reconocer una suma de \$377'952.000 que se habría causado en favor del contratista demandante.

Fundamentos de derecho y cargos de violación

Como sustento de sus pretensiones de incumplimiento, el demandante adujo que, no obstante que en el informe de supervisión del contrato se indicó que la sociedad interventora había incumplido con la presentación y aprobación de los hitos, ciertamente esta previsión no era posible de cumplir, dado que, a la fecha de finalización de ese negocio que ocupa la atención de la Sala, la prestadora de servicios no había entregado los productos objeto de revisión.

En ese sentido, indicó que la actora sí cumplió con las obligaciones emanadas de este vínculo, sin que fuere responsable de la desatención de las prestaciones por parte de la sociedad ADA S.A. A su juicio, la cláusula contentiva del pago comportó la imposición de cargas de extensión ilimitada y de imposible cumplimiento.

Alegó que no existía facultad legal que posibilitara a la entidad para configurar la condición de pago de la interventoría contenida en la cláusula sexta del acuerdo, sujeta al efectivo cumplimiento del contrato intervenido.

Señaló que la contratante desconoció la naturaleza autónoma del contrato de interventoría e impuso al contratista corresponsabilidad en el cumplimiento del contrato de prestación de servicios, con lo que desconoció que la aprobación del hito no podía constituir un requisito para el pago del precio pactado y despojó al interventor de la retribución estipulada por su gestión.

Como causal de nulidad contra el acto de liquidación, precisó que se había producido con desviación de poder, por haber desnaturalizado el contrato de interventoría y haber condicionado el pago del precio convenido a cuestiones aleatorias, ajenas a su voluntad y de imposible cumplimiento. Añadió que, al incorporar las condiciones contractuales del pago sujeto al cumplimiento de la prestación de servicios, se abandonó lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que castigaba con la ineficacia de pleno derecho las reglas que indujeran a error a los contratistas, los ofrecimientos de extensión ilimitada, de imposible cumplimiento o que dependieran de la voluntad de la entidad, cuestión que, a su turno, afectaba la validez del acto de liquidación, al suprimirse la cláusula con base en la cual la entidad dejó de incluir en ese balance los saldos adeudados.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

3. Contestación de la demanda

El DAFP contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, en escrito en el que se opuso a las pretensiones. Alegó que esa entidad acató sus compromisos obligacionales y que fue la contraparte la que se abstuvo de obrar en esa dirección, puesto que, además, se negó a suscribir la prórroga del acuerdo para cubrir la vigencia del contrato intervenido.

Adicionalmente, formuló las excepciones de: *“excepción de contrato no cumplido”*; *“cobro de lo no debido”*; *“legalidad de los actos administrativos”*; *“Inexistencia de daño alguno al contratista Ingenian Software S.A.S.”*; *“Ejercicio de la autonomía privada de la voluntad”*; *“Cumplimiento por parte del DAFP”* e *“Imposibilidad jurídica del demandante de alegar su propia culpa en beneficio propio”*.

4. La sentencia de primera instancia

El tribunal *a quo* negó las pretensiones de la demanda, por estimar que no se demostró la causal de nulidad de desviación de poder invocada en contra del acto de liquidación unilateral del contrato de interventoría, cuestión que conducía a mantener incólume el cruce final de cuentas contenido en el acto acusado y, consecuentemente, impedía pronunciarse sobre el incumplimiento pretendido para alterar el balance final del negocio.

Como fundamento de su decisión, el fallador de primer grado sostuvo que no se demostró que la entidad hubiera perseguido una finalidad distinta a la indicada por la ley al liquidar unilateralmente el contrato, como tampoco que hubiera desconocido su tipología o hubiera desatendido las cláusulas obligacionales pactadas en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Consideró que la liquidación del acuerdo se produjo con apego a lo dispuesto por los extremos negociantes en la cláusula quinta del contrato y a su modificación, según la cual el 30% del precio se desembolsaría previa entrega y aprobación de los hitos entregables, así como la entrega a satisfacción del SIGEP II en producción. Manifestó que tampoco podía el accionante, a través del escrito de alegatos, subsanar yerros al advertir cuestiones, tales como la ineficacia de la cláusula relativa al pago, que no fueron evidenciadas en las oportunidades procesales pertinentes a través de la formulación de la pretensión de nulidad para que el juez encaminara la litis con apego a sus intereses.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

5. Recurso de apelación

La parte actora impugnó la sentencia con argumentos dirigidos a discrepar de la decisión del *a quo*, en cuanto no tuvo en consideración que desde la demanda inicial se había alegado la ineficacia de la cláusula de pago por inclusión de condiciones de extensión ilimitada, imposible cumplimiento y exenciones de responsabilidad, en contravía de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que reprendía ese tipo de convenios. Expresó que, con base en la exclusión de esa cláusula, la que debía entenderse por no escrita, debía anularse el acto de liquidación unilateral, pues desaparecía el sustento en el que se basó el rechazo del pago de los saldos adeudados.

Reprochó que la primera instancia hubiera basado su decisión en la verificación de un supuesto incumplimiento del interventor, el cual, además de no estar probado, se fundó en un pacto asociado al riesgo del incumplimiento del contratista ejecutor, acuerdo que, reiteró, era ineficaz de pleno derecho.

Censuró el argumento de acuerdo con el cual se exigió al demandante que elevara una pretensión de nulidad contra la cláusula contentiva del pago, pues lo que estaba alegando en los fundamentos de derecho era la presencia de una ineficacia que, a su vez, habría de irradiar en la validez del acto de liquidación, ineficacia cuyo examen jurídico no podía desecharse por el juez so pretexto de no haberse alegado la invalidez de la estipulación por la vía de la pretensión de nulidad.

Luego de referirse a la figura de la ineficacia, desde la perspectiva de la doctrina y de la jurisprudencia, advirtió que esta recaía en la disposición que obligó al interventor a asumir el riesgo del incumplimiento del contratista, vicio que no subsanó con la firma del contrato y su modificatorio 1, debido a que su configuración no podía excusarse en el ejercicio de la autonomía de la voluntad ante la formación de una cláusula que debía entenderse por no escrita.

Sostuvo que, vencido el plazo de ejecución del contrato de interventoría, el demandante no pudo obtener el pago pactado porque tenía que esperar que el contratista ejecutor cumpliera con sus obligaciones, por lo que se había negado a suscribir la prórroga de aquel.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

II. CONSIDERACIONES

Como no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia. Adicionalmente, se evidencia el cumplimiento de los presupuestos procesales: competencia, caducidad y legitimación en la causa.

1. Decisión de los cargos de la apelación

1.1 Primer cargo de la apelación – se alegó la ineficacia de pleno derecho desde la demanda y no correspondía tramitarse en el cauce de una pretensión anulatoria de la cláusula de pago

El tribunal de origen precisó que, si la intención del demandante era debatir la legalidad de la cláusula contentiva del pago por considerar que la sujeción de su desembolso al avance y cumplimiento del contrato intervenido era nula o ilegal, ha debido encauzar sus pretensiones a controvertir su validez, lo cual no ocurrió, a lo que sumó que la mencionada ineficacia de pleno derecho no procedía por cuanto no se hallaba probada una nulidad de la cláusula que ameritara su declaratoria oficiosa.

El demandante, por su parte, censuró el argumento con apoyo en el cual se le exigió que elevara una pretensión de nulidad contra la cláusula relativa al pago, pues lo que estaba alegando en los fundamentos del derecho, no desde los alegatos como erradamente lo sostenía el *a quo*, era la presencia de una ineficacia que, por causa de su concreción, habría de irradiar en la validez del acto de liquidación, ineficacia cuyo examen jurídico no podía desecharse por el juez so pretexto de no haberse alegado la invalidez de la estipulación.

Para resolver el cargo, la Sala estima pertinente señalar que, como lo sostiene el recurrente, fue desde el acápite reservado a exponer los fundamentos de derecho de sus pretensiones que se consignó el argumento alusivo a la presencia de una ineficacia de pleno derecho que recaía sobre la cláusula del precio, fenómeno que, según afirma, acaeció por cuenta de la materialización de los supuestos previstos en los literales d) y e) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Fue en desarrollo de la argumentación cimentada en la configuración de ese remedio jurídico que la parte actora edificó la alegada nulidad del acto de liquidación unilateral, bajo la comprensión de que, al tenerse por no escrita la cláusula de pago



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

condicionada al cumplimiento del contrato intervenido, se desvanecería el sustento que abrió paso a la falta de reconocimiento en favor del demandante de los saldos descritos en esa decisión como “*valor no ejecutado*”.

Despejado lo anterior, la Sala se aparta del razonamiento de la primera instancia, encaminado a exigir que los argumentos alusivos a la configuración de la ineficacia de la cláusula debían transitar por la vía de una pretensión de nulidad que, al no haber sido elevada, vedaba al juez el estudio sobre su legalidad.

La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que, a diferencia de lo que ocurre en el campo de las nulidades de los actos jurídicos, la aplicación de la figura de la ineficacia no se subordina a la presencia de una o varias causales que pudieren determinar su acaecimiento.

De ahí que, para saber cuándo hay lugar a su invocación, resulta necesario revisar una a una las disposiciones normativas, en las cuales se establece de manera expresa la sanción específica, bajo el entendido de que solo la ley puede derivar esa consecuencia, consistente en restarle la totalidad de los efectos que estaría llamado a generar el acto o negocio o la correspondiente estipulación en particular, según corresponda².

En el ámbito de la contratación estatal, terreno en el que, pese a no haberse incorporado una cláusula general que condensara expresamente la ineficacia de pleno derecho, como sí ocurre en el Código de Comercio³, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80, hay lugar a acudir a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes que no se ocupen de las materias que ya hubieren sido reguladas por el Estatuto de Contratación Estatal.

Con todo, existen normas en la Ley 80 de 1993 que, de forma específica, contemplan el instituto jurídico de la ineficacia de pleno derecho.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 24845, C.P Mauricio Fajardo Gómez.

³ La sanción consistente en no producir efectos, además de consagrarse en el artículo 897, se encuentra prevista igualmente en los artículos 297, 524, 629, 670, 712, 1005, 1045, 1055 y 1203 del Código de Comercio. En la misma dirección, los artículos 150, 198, 200, 318, 407, 501, 678 y 1328 del Código de Comercio la contemplan bajo la expresión: “... *se tendrá por no escrita* ...”. Según los artículos 433, 1244 y 1936 del C. de Co la consecuencia derivada de esa figura para determinado acto consistirá en “... *será ineficaz*...”. Con apego al artículo 435 de ese mismo compendio “... *carece de toda eficacia* ...”. Según el artículo 992 del Código de Comercio “*no producirán efectos*”.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

El inciso final del numeral 5 del artículo 24 establece que son “*ineficaces de pleno derecho*” las estipulaciones de los pliegos de condiciones y de los contratos estatales que contravengan las exigencias que se consagran en este numeral, relativas a las reglas que deben acatarse para la elaboración. Según el actor, la cláusula del precio del contrato de interventoría 349 de 2017 es ineficaz, en tanto desconoció las prescripciones del artículo 24, numeral 5, literales d) y e) por contener ofrecimientos de imposible cumplimiento y de extensión ilimitada.

Una vez se constata la ocurrencia de una ineficacia, el acto jurídico o la disposición contractual que adolezca de ésta operará de pleno derecho, lo que descarta que, en principio, exista la necesidad de declaratoria judicial para que emerja el resultado que su ocurrencia produce. Con todo, a pesar de que de la ineficacia se desprenda el efecto de una sanción *in limine*, puede ocurrir que se presente una controversia entre los cocontratantes acerca del efectivo y real surgimiento y configuración del referido remedio, evento en el que necesariamente el debate sobre su concreción deberá ser decidido por el juez competente.

Por otro lado, el instituto de la nulidad absoluta de los contratos, cuya invocación echó de menos el *a quo*⁴, supone una sanción que el ordenamiento jurídico concibe para afectar la validez de un negocio jurídico, siempre que el supuesto de hecho que empaña la legalidad del acuerdo se encuadre en una de las causales taxativas que con ese efecto regula la legislación. La Ley 80 de 1993, además de incorporar a su régimen de nulidades, por disposición expresa, las previstas en el derecho común, establece sus propias causales que al efecto están consignadas en su artículo 44.

El artículo 45 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública prescribe que la nulidad podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, previsión que se encuentra a tono con lo estatuido en el artículo 1742 del Código Civil. Cualquiera que sea la fuente de su hallazgo, deberá ser declarada por el juez en la respectiva providencia.

El panorama normativo que se deja relatado, basta para concluir que la consideración del fallador de primera instancia, al abstenerse de revisar el contenido de la cláusula que regulaba el pago, a resolver los argumentos expuestos por el

⁴ Es por lo mismo que esta referencia se centrará en la figura de la nulidad absoluta, que no en otros remedios jurídicos como la nulidad relativa, la anulabilidad, la inoponibilidad o la inexistencia.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

demandante, no se dictó con apego a las normas que regulan las dos disciplinas analizadas.

El *a quo* se abstuvo de examinar la alegada ineficacia y exigió a la parte demandante que un supuesto constitutivo de ineficacia de pleno de derecho, con origen y efectos distintos, fuera invocado como causal de nulidad de la estipulación contractual por la vía de la correspondiente pretensión anulatoria, para solo así abordar el análisis de fondo de los argumentos alegados por el demandante.

Si bien la parte actora, al invocar las causales de nulidad formuladas en contra del acto de liquidación unilateral, expuso la de desviación de poder, lo cierto es que su sustrato argumentativo, en realidad, aludía a la configuración de la de falsa motivación, en tanto que lo que se buscaba era que por cuenta de la ineficacia de la cláusula contentiva del precio, en lo pertinente a su subordinación al cumplimiento del contrato intervenido, tal circunstancia consecuentemente despojara de validez⁵ el cruce final de cuentas dispuesto por la entidad, en el que se abstuvo de

⁵ El razonamiento con fundamento en el cual, al advertir la ineficacia de pleno derecho respecto de una disposición del pliego de condiciones se concluyó que, por cuenta de esa anomalía se afectó, a su turno, la validez de otra cláusula de ese documento que castigaba con la descalificación de las propuestas la inobservancia de aquella previsión que a la postre se consideró que debía tenerse por no escrita y consecuentemente llevó a la nulidad del acto de adjudicación, fue expuesto por esta Subsección en sentencia proferida el 27 de marzo de 2014, en el expediente 28845, C.P. Mauricio Fajardo Gómez:

“Ahora bien, comoquiera que en este caso resulta posible advertir la presencia de dos vicios diferentes en relación con dos estipulaciones de los pliegos de condiciones distintas pero conexas, por un lado la nulidad de la cláusula general de descalificación y por el otro la ineficacia de pleno derecho respecto de la exigencia relativa a la inclusión en los análisis de precios unitarios de la modalidad “considerando todo factor”, la Sala se ve avocada a realizar algunas precisiones sobre el contenido y alcance de cada una de dichas figuras: (...).

“Regresando al análisis del caso concreto, en este punto resulta de la mayor importancia precisar que si bien, dado que una de las exigencias del pliego de condiciones relativa a incluir en el análisis de precios unitarios la modalidad “considerando todo factor”, según lo antes expuesto, resulta ineficaz de pleno derecho, de conformidad con los dictados del inciso final del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto ha quedado en evidencia la vulneración de los postulados recogidos en las letras b), d) y e) de dicha disposición legal, lo cual se traduce en que la cláusula del pliego de condiciones en examen debe tenerse por no escrita sin necesidad de que medie declaratoria judicial en ese sentido, tal circunstancia podría en principio sugerir que a su vez la sola ineficacia de dicha exigencia haría innecesario, por sustracción de materia, declarar judicialmente la nulidad de la cláusula de descalificación, pues se entendería que ante la ineficacia de aquella previsión todas las propuestas que no la incluyeron no podían ser rechazadas y en tal virtud debían ser evaluadas, haciendo por ese hecho inocua la declaración de nulidad de la referida causal de descalificación.

“No obstante lo anterior, ocurre que la referida causal de descalificación estaba prevista no solo respecto de aquellas propuestas que no incluyeran en el análisis de precios unitarios la modalidad “considerando a todo factor”, sino que igual se contempló para todas aquellas ofertas que realizaran cualquier otro tipo de variación en relación con el listado contenido en el anexo 1 del pliego de condiciones, tal y como se desprende de lo ocurrido en el caso del consorcio Jesús Antonio Narváez-José Luis Mora, cuya propuesta fue descalificada pero no por no incluir la referida modalidad “considerando a todo factor”, sino por haber omitido las dimensiones en el ítem del campamento.

“Según quedó explicado en precedencia, la simple modificación de los ítems del análisis de precios unitarios en relación con el anexo 1 del pliego de condiciones (lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta) en su denominación, actividad, tipo, dimensión o unidad, sin



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

reconocer al demandante los saldos pendientes, por considerar que no se habían atendido las obligaciones del contrato de prestación de servicios vigilado.

Con todo, la Sala estima que esa imprecisión técnica, en cuanto a la rotulación de la causal que se alegaba, no pasó de ser una vaguedad de tipo formal⁶, que por lo mismo y, en aplicación del principio constitucional que impone la prevalencia de la sustancia sobre la forma, no relevaba al *a quo* de examinar las circunstancias puestas de presente por el demandante respecto de la alegada ineficacia de la cláusula contentiva del pago, que habría de irradiar en la controvertida legalidad del acto de liquidación unilateral.

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala advierte que el primer cargo de la apelación, consistente en que el *a quo* no estudio la pretensión de ineficacia, cuenta con vocación de prosperidad, por lo que, a continuación, bajo los argumentos

siquiera indicar la índole o carácter de la variación, fue contemplada en el pliego de condiciones como una circunstancia que per se daría lugar a la descalificación o al rechazo de la oferta correspondiente, sin reparar en que tal apartamiento del pliego realmente impidiera, o no, la comparación objetiva de las propuestas.

“Por contera la declaratoria de nulidad de la causal de descalificación contenida en el pliego de condiciones resulta de absoluta trascendencia si se tiene en cuenta que su consecuencia lógica llevaría a concluir que las propuestas que no hubieran manifestado dentro de los ítems del análisis de precios unitarios el término “considerando todo factor” que resultó ineficaz, sino que hubieran incurrido en cualquier otro tipo de variaciones que no impidieran su comparación objetiva, de ninguna manera podían ser descalificadas y, contario sensu, debían ser sometidas a la respectiva evaluación de conformidad con los factores de escogencia y ponderación establecidos válidamente en el correspondiente pliego de condiciones.

“(...).

“Con apoyo en lo expuesto, la Sala declarará la nulidad parcial de la cláusula No. 6.1 del pliego de condiciones y modificada en el Adendo No. 001 de la Licitación No. 004-96, en lo que respecta exclusivamente a la causal de descalificación de las ofertas consagrada por EMVINEIVA, declaratoria que aun cuando no fue pretendida en la demanda, procede de manera oficiosa⁵ en cuanto comporta una cláusula introducida por la entidad estatal precontratante en el pliego de condiciones cuya naturaleza dual corresponde en primer lugar a la de un acto administrativo de contenido general, sin contar con competencia para el efecto”.

⁶ Así se ha considerado por esta Subsección, *mutatis mutandi*, en el escenario de la formulación de excepciones, bajo los siguientes lineamientos:

*“A contrario sensu, se debe advertir que del contenido de la excepción mal denominada “inexistencia del título” alegada por la ejecutada y que el *a quo* declaró probada, se desprende que materialmente constituye la excepción de pago, la cual, valga reiterar, sí es procedente cuando el título base de ejecución está conformado por una providencia judicial, ya que en el escrito de oposición al mandamiento de pago Transmilenio indicó que la condena se encontraba íntegramente cancelada y por tanto no era actualmente exigible.*

Por lo anterior, para la Sala resulta importante señalar que, con independencia del nombre o denominación que las partes le den a las excepciones que se propongan en un escenario de ejecución, le corresponde al juzgador revisar atentamente tanto su procedencia como su contenido, dado que le asiste el deber de atender, más allá de la literalidad del nombre, a los argumentos esbozados y que pueden encaminarse adecuadamente a la excepción que se adecúe, como ocurrió en el presente asunto, ya que de la supuesta ausencia o no de los requisitos esenciales del título, el debate en el *sub iudice* se circunscribe a determinar si se configuró o no el **pago de la obligación**, aspecto que obvió el Tribunal *a quo*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de noviembre de 2022, exp. 68441.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

del segundo cargo, se estudiará lo relacionado con la referida estipulación contractual, cuya transcripción literal será estudiada en el acápite que sigue.

2. Segundo cargo de la apelación – Ineficacia de pleno derecho de la cláusula del pago, por haber subordinado el desembolso al cumplimiento del contrato intervenido

Como se mencionó, el tribunal omitió referirse a los señalamientos de los cuales fue objeto la cláusula de pago respecto de su eficacia, cuestión que condujo a que el recurrente insistiera en la apelación en que esta anomalía recayó en la disposición que obligó al interventor a asumir el riesgo del incumplimiento del contratista, defecto que, en su criterio, no se subsanó con la firma del contrato y la modificación 1, cuya configuración no podía excusarse en el ejercicio de la autonomía de la voluntad ante la formación de una cláusula que debía entenderse por no escrita.

Sostuvo que, vencido el plazo de ejecución del contrato de interventoría, el demandante no pudo obtener el pago pactado porque tenía que esperar a que el contratista ejecutor cumpliera sus obligaciones, por lo que el apelante se había negado a prorrogar su plazo.

Para desatar el reparo, la Sala partirá de referirse al pacto de las partes en torno al pago del precio del contrato de interventoría, a lo ocurrido en la etapa de ejecución en punto a la modificación de la forma de su reconocimiento, para luego analizar su eficacia, en los términos planteados.

Está demostrado en el proceso que, el 20 de noviembre de 2017, el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP y la sociedad Ingenian Software S.A.S. celebraron el contrato No. 349, con el objeto de realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera, contable y jurídica al contrato resultante de la adjudicación del proceso de licitación pública No. 001 de 2017 [el de prestación de servicios], que tenía por objeto el desarrollo, implementación, puesta en marcha, migración, capacitación, soporte y mantenimiento del Sistema de Información y Gestión del Empleo Público en su segunda versión (SIGEP II).

En las cláusulas cuarta y quinta se convino el precio y la forma de pago, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores de forma):

CLÁUSULA CUARTA.- VALOR: *El valor del presente contrato asciende a la suma de MIL CIENTO NOVENTA MILLONES DE PESOS (\$1.190.000.000)*



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

M/CTE, incluido IVA y todos los impuestos, tasas y contribuciones que conlleve la celebración y ejecución total del contrato.

CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: FUNCIÓN PÚBLICA cancelará el valor del contrato en seis (6) pagos discriminados así: 1) con cargo a la vigencia 2017: UN PRIMER PAGO equivalente al CIENTO POR CIENTO (100%) del valor total del presupuesto asignado a la presente vigencia, correspondiente a la suma de CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS (\$428.000.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la iniciación del contrato, previa entrega de los hitos correspondientes al año 2017; 2) Con cargo a la vigencia 2018: Cinco (5) pagos así: A. UN SEGUNDO PAGO equivalente al dieciocho por ciento (18%) del valor restante del contrato correspondiente a la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$137.160.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la iniciación del contrato, previa entrega de los hitos correspondientes al respectivo mes. B. UN TERCER PAGO equivalente al dieciocho por ciento (18%) del valor restante del contrato correspondiente a la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$137.160.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la iniciación del contrato, previa entrega de los hitos correspondientes al respectivo mes. C. UN CUARTO PAGO equivalente al dieciocho por ciento (18%) del valor restante del contrato correspondiente a la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$137.160.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la iniciación del contrato, previa entrega de los hitos correspondientes al respectivo mes. D. UN QUINTO PAGO equivalente al dieciocho por ciento (18%) del valor restante del contrato correspondiente a la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$137.160.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la iniciación del contrato, previa entrega de los hitos correspondientes al respectivo mes. E. UN SEXTO Y ÚLTIMO PAGO equivalente al veintiocho por ciento (28%) del valor restante del contrato correspondiente a la suma de DOSCIENTOS TRECE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$213.360.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato, a la entrega total a satisfacción del Sistema de Información SIGEP II en producción.

PARÁGRAFO PRIMERO: FUNCIÓN PÚBLICA como requisito previo para autorizar los pagos, verificará que el consultor se encuentre al día con los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales (...).

PARÁGRAFO SEGUNDO: Todos los pagos estarán sujetos al Programa Anual Mensualizado de Caja P.A.C., al cumplimiento de los procedimientos presupuestales, **al cumplimiento a satisfacción de los entregables a tiempo del contratista adjudicatario de la licitación pública 001 de 2017, con la aprobación de cumplimiento por parte de la interventoría y de recibo a satisfacción del supervisor y al cumplimiento de los hitos descritos en las**



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

fechas acordadas en el cronograma de actividades del interventor bajo aprobación de recibo a satisfacción del supervisor⁷.

De la lectura de la cláusula en comento, la Sala advierte que, ciertamente, la metodología en que se convino el pago del contrato de interventoría se supeditó, por entero, al cabal cumplimiento del contrato intervenido, en la medida en que el desembolso acordado procedía siempre que se verificara el cumplimiento del contrato de prestación de servicios supervisado.

Ello se desprende del hecho de que la entrega de los hitos a que se obligó el interventor, circunstancia a la cual se condicionó el pago del objeto de la interventoría, pasaba por la verificación y aprobación a satisfacción e informe de entrega de los productos por el contratista. De ahí surgía con claridad que, si el ejecutor del contrato intervenido no entregaba los productos, en el tiempo acordado, al interventor no se le reconocería su contraprestación.

Precisado lo anterior, la Sala considera que un acuerdo de esa índole se aparta de la naturaleza del contrato de interventoría, habida cuenta que desconoce que, al margen de que el contratista vigilado incurra en incumplimiento, ello no se traduce en que por esta circunstancia la labor de la interventoría automáticamente adolezca del mismo reproche o que ese hecho pueda entenderse o equipararse como una desatención de las obligaciones contraídas en el marco de este vínculo negocial.

No puede perderse de vista que la tarea del interventor se centra en realizar el seguimiento técnico, financiero y jurídico del contrato sobre el que recae su objeto, mas no en asegurarlo, como si se tratara de un contrato de garantía; por manera que la gestión del interventor puede considerarse cabalmente satisfecha cuando este formula correctivos, informa a la entidad acerca de hechos de incumplimiento del contrato inspeccionado que darían lugar a la imposición de sanciones, rechaza o se abstiene de recibir las obras, bienes o servicios prestados, cuando estos no cumplan con los requisitos preestablecidos, eventos en los cuales su trabajo debe ser recompensado.

⁷ En los estudios previos que sirvieron de base al procedimiento de selección que dio como resultado la celebración de este contrato igualmente se especificó que:

“Además, los pagos estarán sujetos al cumplimiento de los hitos descritos en las fechas acordadas en el cronograma de actividades del contrato y bajo firma de aprobación de recibo a satisfacción del supervisor.

“NOTA: *Los pagos estarán sujetos al cumplimiento a satisfacción de los entregables a tiempo por parte del contratista adjudicatario del contrato resultante del proceso de licitación pública No. 001 de 2017”.*



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

Estas reflexiones permiten considerar que la sujeción del pago de la contraprestación atinente al contrato de interventoría, subordinada en un ciento por ciento al cumplimiento del contrato supervisado, eventualmente y, en principio, podría encajar en el supuesto previsto en el literal d) numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que castiga con ineficacia de pleno derecho una estipulación de imposible cumplimiento, toda vez que, como se precisó, el objeto del contrato de interventoría en línea con su naturaleza no se traduce en la garantía de la satisfacción del objeto del negocio jurídico intervenido, por lo que no resulta posible ofrecer que las obligaciones del contrato objeto de seguimiento serán acatadas a plenitud, ya que tal circunstancia no depende de manera directa del que se obliga a que así sea, sino de la actuación y voluntad de un tercero.

Sin embargo, lo que ocurrió con posterioridad a partir de la suscripción de la modificación de esta cláusula hace nugatorio este análisis, en la medida que la modalidad de pago fue variada, precisamente, para evitar que la remuneración de la interventoría pendiera de manera absoluta del cumplimiento del contrato materia de vigilancia.

Al respecto, se evidencia que, pese a que la entidad reconoció un primer pago por valor de \$428'000.000 correspondiente al hito 2, en lo sucesivo el DAFP empezó a devolver las facturas presentadas por el interventor, argumentando que el ejecutor de la prestación de servicios no estaba cumpliendo con sus obligaciones.

Esto condujo a que el interventor, el 26 de abril de 2018, formulara ante la entidad una solicitud para que se replanteara la forma de pago acordada, habida cuenta de que, *“si bien es cierto que el contrato No. 349 de 2017, en el párrafo segundo de la cláusula quinta, supedita los pagos del interventor al cumplimiento de las obligaciones del contratista vigilado”*, el demandante estaba dejando de percibir la remuneración acordada, ya que, por orden de la supervisión, no podía presentar facturas hasta tanto ADA S.A. cumpliera a cabalidad sus compromisos, lo cual no dependía de la interventoría.

La anterior petición fue respaldada con el informe de gestión de interventoría del período comprendido entre el 21 de abril y el 20 de mayo de 2018, en el que puso de presente que el contrato suscrito entre Función Pública y ADA S.A. registra condición de atraso y riesgo de incumplimiento, derivado de la no entrega y/o la no aprobación de los productos. Y además sostuvo que: (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores de forma):



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

(...)... se advierte, que las actividades dependientes del contrato base (contrato No. 254 de 2017), suscrito entre Función Pública y ADA S. A., avanzan a una tasa menor toda vez que el contratista en mención ha realizado entregas tardías de los productos a su cargo, lo cual ha afectado la ejecución de las tareas propias del interventor.

Función Pública, ha reiterado y de manera particular, señalado en el ya citado oficio de radicado No. 2018130010922 de fecha 25 de abril de 2018, que no ha realizado el pago de honorarios a Ingenian Software, cuyo monto asciende a \$548.640.000, por cuanto el Interventor no cumple con los requisitos contenidos en el Parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato 349 de 2017. Así las cosas, es pertinente señalar que al cierre de este informe, se evidencia una desviación en la ejecución presupuestal del contrato de Interventoría, por el monto antes señalado. Frente a ello, el Interventor ha solicitado a la entidad contratante, re-evaluar las condiciones contenidas en el acápite contractual antes mencionado y adoptar las medidas pertinentes, legales y necesarias para modificar las condiciones ahí contenidas.

El DAFP estimó viable reevaluar las condiciones de pago inicialmente concebidas, lo que llevó a que, el 29 de junio de 2018, las partes suscribieran la modificación 1 al contrato de interventoría, documento en el que plasmaron (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores de forma):

Que mediante comunicación del veintiséis (26) junio de 2018, FRANCISCO ALFONSO CAMARGO SALAS – Director de Empleo Público y ROGER QUIRAMA GARCÍA – Jefe de la Oficina de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones, en calidad de supervisores del contrato de interventoría No. 439 de 2017, suscrito con la firma INGENIAN SOFTWARE SAS, solicitaron a la ordenadora del gasto, modificar la forma de pago descrita en el contrato de interventoría, justificando dicha solicitud en que la firma INGENIAN SOFTWARE SAS, ha venido cumpliendo con el objeto para el cual fue contratada, como puede constatarse en cada uno de los informes técnicos de gestión, entregados mensualmente y en las actas de seguimientos del proyecto; razón por la cual sugieren, que se pague en porcentajes que pueden ser calculados sobre las entregas asociadas a los hitos del contrato, sin desconocer que el interventor debe continuar cumpliendo con los requisitos establecidos previamente en el contrato para el recibo y satisfacción y aprobación de los productos entregados por el contratista ADA S.A. (...) CLÁUSULA PRIMERA.- MODIFICACIÓN: Modificar la forma de pago establecida en los literales A, B, C y D, correspondientes al Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto pago, del numeral 2° de la cláusula quinta del contrato de interventoría No. 349 de 2017, la cual quedará así: CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: 2) Con cargo a la vigencia de 2018 cinco (5) pagos así: A. UN SEGUNDO PAGO equivalente a la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$137.160.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos relacionados a la ejecución del contrato, distribuidos así: i) el setenta por ciento (70%) correspondiente a la suma de NOVENTA Y SEIS MILLONES DOCE MIL PESOS (\$96.012.000) M/CTE, dentro de los treinta (30) días siguientes a la firma del presente



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

documento; y ii) el treinta por ciento (30%) restante, es decir, la suma de CUARENTA Y UN MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$41.148.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato, previa entrega de los hitos correspondientes al respectivo mes. B. UN TERCER PAGO equivalente al dieciocho por ciento (18%) del valor restante del contrato correspondiente a la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$137.160.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos relacionados a la ejecución del contrato, distribuidos así: i) el setenta por ciento (70%) correspondiente a la suma de NOVENTA Y SEIS MILLONES DOCE MIL PESOS (\$96.012.000) M/CTE, dentro de los treinta (30) días siguientes a la firma del presente documento; y ii) el treinta por ciento (30%) restante, es decir, la suma de CUARENTA Y UN MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$41.148.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato, previa entrega de los hitos correspondientes al respectivo mes. C. UN CUARTO PAGO equivalente al dieciocho por ciento (18%) del valor restante del contrato correspondiente a la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$137.160.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos relacionados a la ejecución del contrato, distribuidos así: i) el setenta por ciento (70%) correspondiente a la suma de NOVENTA Y SEIS MILLONES DOCE MIL PESOS (\$96.012.000) M/CTE, dentro de los treinta (30) días siguientes a la firma del presente documento; y ii) el treinta por ciento (30%) restante, es decir, la suma de CUARENTA Y UN MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$41.148.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato, previa entrega de los hitos correspondientes al respectivo mes. D. UN QUINTO PAGO equivalente al dieciocho por ciento (18%) del valor restante del contrato correspondiente a la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$137.160.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos relacionados a la ejecución del contrato, distribuidos así: i) el setenta por ciento (70%) correspondiente a la suma de NOVENTA Y SEIS MILLONES DOCE MIL PESOS (\$96.012.000) M/CTE, dentro de los treinta (30) días siguientes a la firma del presente documento; y ii) el treinta por ciento (30%) restante, es decir, la suma de CUARENTA Y UN MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$41.148.000) M/CTE, incluido IVA y demás gastos asociados a la ejecución del contrato, previa entrega de los hitos correspondientes al respectivo mes. CLÁUSULA SEGUNDA: Los demás términos y condiciones del contrato de interventoría No. 349 de 2017 continúan vigentes y con todos sus efectos legales (...).

Como se aprecia, la finalidad de la suscripción del modificatorio 1 se dirigió a renegociar la metodología de pago estipulada desde el inicio, la que, como se anotó, se hallaba por entero sujeta al cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato objeto de seguimiento. En su lugar, los extremos negociales optaron por introducir una nueva modalidad en la que, respecto del saldo restante del negocio en cuanto hace a las previsiones establecidas en los literales A, B, C, y D del numeral 2 de la cláusula 5, se acordó que:



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

- Se aseguraba el pago del 70% de la contraprestación pendiente de reconocer en favor de la interventoría, desembolso equivalente a \$384'048.000 -a razón de \$96'012.000 por cada pago restante- al que se procedería dentro de los 30 días siguientes a la firma de ese otrosí, al margen y con independencia del estado de cumplimiento del contrato de prestación de servicios.
- El 30% restante, correspondiente a \$164'592.000 –a razón de \$41'148.000 por cada pago pendiente- fue el que se subordinó a la verificación del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista del acuerdo intervenido.
- El literal E del numeral 2 de la cláusula 5, referente al sexto y último pago en cuantía de \$213'360.000 se mantuvo incólume, en el sentido de supeditarse a la entrega total a satisfacción del Sistema de Información SIGEP II en producción.

Aclarado lo anterior, se precisa que la reclamación que se encuentra en controversia se centra en el reconocimiento de los dos últimos pagos: **i)** 30% restante por cuantía de \$164'592.000 y **ii)** el sexto y último pago por valor de \$213'360.000.

Se observa de lo expuesto que las partes recondujeron la dinámica convenida para el reconocimiento de la contraprestación debida al interventor, ante el hallazgo de que el estado de incumplimiento que presentaba la sociedad ADA S.A. redundaría en perjuicio del pago de la retribución convenida en favor de Ingenian Software S.A.S, con independencia de que este atendiera sus obligaciones de seguimiento técnico, financiero y jurídico.

Es por esto que, para enderezar el déficit que se presentaba en cuanto a la inviabilidad de reconocer el pago por la gestión realizada por la interventoría, el DAFP adquirió el compromiso de entregar el 70% del precio del contrato que estaba en suspenso de ser desembolsado, correspondiente a los pagos dos al cinco, sin condicionamiento a la satisfacción de las obligaciones del contrato de prestación de servicios.

A su turno, el interventor, en ejercicio del principio de la libre autonomía negocial, aceptó que el 30% del valor restante se ligara al efectivo y cabal cumplimiento del contrato sobre el cual recayó su labor de seguimiento.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

Visto este escenario, se advierte que al introducir la modificación 1 al acuerdo de voluntades, se disipó el supuesto que habría dado lugar a una eventual ineficacia de la cláusula quinta, puesto que, al replantearse los términos en que se reconocería el pago al interventor, la causación de los supuestos para su pago ya no pendía, al menos no en su totalidad, del cumplimiento de otro convenio por parte de un tercero.

Como se vio, el sustento de la modificación del contrato obedeció a que la entidad concluyó que era procedente reconocer el 70% del valor adeudado a la interventoría, tras verificar que había venido cumpliendo con las labores para las cuales fue contratada, según daban cuenta los informes técnicos entregados mensualmente y las actas de seguimiento del proyecto.

De ahí que el surgimiento de los supuestos de procedencia para su reconocimiento, en el porcentaje señalado, se asoció a la ejecución de las tareas de seguimiento y control desempeñados por Ingenian Software S.A.S, al tiempo que se desvinculó del acatamiento de los compromisos negociales del contrato de prestación de servicios, con miras a garantizar la retribución por las labores de la interventoría.

Solo un porcentaje menor del precio se ligó a la satisfacción de las obligaciones derivadas del negocio objeto de intervención, consenso que, en criterio de esta Sala, no merece censura, habida cuenta de que, a través de su incorporación, lo que válidamente se procuró fue un mecanismo encaminado a lograr el cumplimiento del contrato intervenido, sin que con ello se sacrificara el reconocimiento de los valores adeudados a la interventoría, los que, se insiste, fueron reconocidos en un 70%.

Ahora, en este punto cobra especial relevancia indicar que el hecho de que no se hubiera reconocido el 30% del saldo restante ni el emolumento correspondiente al sexto pago o pago final, que estaba conectado a la satisfacción de los compromisos emanados del contrato de prestación de servicios, no obedeció a que se hubiera materializado una imposibilidad de su cumplimiento por depender de la voluntad de un tercero.

Aconteció que fue el interventor el que se apartó de la naturaleza del contrato de interventoría y de las previsiones inherentes a ésta.

Al respecto, se recuerda que, con apego a la cláusula sexta del contrato de interventoría, en la que estipularon su plazo, igualmente se insertó el siguiente pacto (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores de forma):



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

NOTA: SUJECCIÓN DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LA LICITACIÓN: La ejecución del contrato de interventoría estará sujeta a la efectiva ejecución del contrato que resulte de la Licitación pública No. 001 de 2017, por lo tanto, los actos que dispongan u ordenen la suspensión, terminación o liquidación de la mencionada licitación, implicarán que el presente contrato de interventoría sea suspendido, terminado o liquidado, mediante el o los actos correspondientes, sin que haya lugar a indemnización alguna o a pagar lo correspondiente a lo no ejecutado.

La previsión en comento se encuentra a tono con la naturaleza misma del contrato de interventoría, cuya celebración halla su utilidad y justificación en la existencia del contrato intervenido, de modo que, si este se prolonga, se suspende o finaliza, la misma suerte corresponde correr a aquel.

Lo dicho no se altera por la circunstancia de que en la revisada cláusula no se hubiera hecho alusión a la “prórroga” como situación llamada a irradiar el contrato de interventoría, en tanto resulta consustancial a su estirpe de seguimiento que, de surgir ese supuesto, igualmente este negocio deba extenderse.

En atención a este contexto, la Sala estima reprochable la actitud del demandante en desarrollo de la cual se desatendieron esos lineamientos.

En efecto, está acreditado en el proceso y admitido por la misma parte actora desde la consignación de los hechos de la demanda que, luego de que la sociedad Ingenian Software, mediante documento del 17 de julio de 2018, emitiera concepto⁸

⁸ Los términos en que se rindió el referido concepto por el interventor fueron los siguientes: “Así las cosas, para el interventor, la prórroga sobre el plazo solicitada por el contratista principal, corresponde a una acción tanto preventiva como correctiva que involucra aspectos técnicos necesarios para la debida finalización del mismo, y se tiene como alternativa frente a una acción resolutoria de la entidad contratante, teniendo en cuenta que si bien el plazo “... es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación” (art.1551 del Código Civil Colombiano), el mismo no extingue ipso facto todos los derechos ni las obligaciones (art. 1625 del Código Civil). Por lo antes expuesto, el Interventor considera pertinente la petición de ADA S. A. y con base en las PREMISAS y SUPUESTOS DE HECHO emite concepto favorable para que Función Pública otorgue la prórroga del contrato principal para su ejecución hasta el 14 de diciembre de 2018; no sin antes advertir acerca de la necesidad que el contratista amplíe la vigencia de la GARANTÍA ÚNICA prevista en la cláusula octava del contrato 254 de 2017 para que cubra los riesgos de cumplimiento de contrato, calidad del servicio, calidad y correcto funcionamiento de los bienes y Pago de Salarios, Prestaciones Sociales Legales e indemnizaciones Laborales; en los mismos términos porcentuales, de vigencia y sobre el valor de su contrato. Así mismo, es pertinente y oportuno anotar que además se requiere, por parte de Función Pública, realizar ajustes en el cronograma propuesto en los tiempos para diseño, ejecución y documentación de pruebas que aseguren el cumplimiento integral de las especificaciones funcionales y no funcionales del producto y/ o incrementar el equipo de trabajo encargado de diseñar, ejecutar y documentar las pruebas en mención, a partir de la versión final de los documentos de especificación funcional y de diseño para el desarrollo e implementación del sistema SIGEP II, que atiendan la incorporación de aquellas mejoras sobrevinientes identificadas por



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

favorable para la prórroga del contrato de prestación de servicios hasta el 14 de diciembre de 2018, posteriormente, en oficio del 30 de julio de esa anualidad, esa misma sociedad le comunicó al DAFP su intención de no extender el plazo del contrato de interventoría, por lo que este finalizaría el 31 de julio de 2018.

No puede perder de vista el recurrente que solo a partir de la prolongación del plazo del contrato de interventoría, bajo el marco del contrato intervenido, resultaba plausible que surgieran en el plano jurídico las premisas fácticas establecidas para el reconocimiento de los pagos pendientes en su favor. Esto obedecía a que fue por cuenta del atraso del cumplimiento de las obligaciones de ADA S.A. que se hizo necesario ampliar el término de ejecución del contrato de prestación de servicios, como el mismo interventor lo consideró en el concepto favorable al que se hizo anterior alusión.

Lo dicho implica que, por depender el cumplimiento del contrato de interventoría, al menos en cuanto concierne al 30% pendiente, del acatamiento de las obligaciones del contrato de prestación de servicios, solo podría atenderse a aquel en tanto su vigencia fuera de la mano con el negocio supervisado.

Por tanto, la negativa a suscribir la prórroga del acuerdo que ocupa la atención de la Sala impidió que se configuraran los requisitos que daban paso al reconocimiento de las sumas que ahora son demandadas, puesto que, al momento en que se venció el término del contrato de interventoría sin que el demandante prestara su anuencia para su ampliación, aún estaban pendientes de ser cumplidas las obligaciones emanadas del acuerdo de prestación de servicios que habrían dado lugar al pago en favor de Ingenian Software S.A.S. de los valores pretendidos.

Con base en las consideraciones que anteceden, el segundo cargo de la apelación se encuentra infundado, en razón a que, no empero que la cláusula contentiva del pago contemplada en el contrato original pudo eventualmente encerrar una regla constitutiva de ineficacia, ciertamente la modalidad de pago pactada sufrió una modificación en cuya virtud se desvaneció el supuesto de reproche que se le atribuyó.

Conclusión

la entidad contratante para el cumplimiento de sus fines misionales y para asegurar la funcionalidad del sistema SIGEP II".



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

Por las razones advertidas, la Sala confirmará la sentencia apelada en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

2. Costas

De conformidad con lo consagrado en el artículo 188 del CPACA y con la disposición especial del artículo 365 del CGP, se establece un criterio objetivo⁹ que impone condenar en este asunto a la parte vencida en este litigio, que este caso es la sociedad Ingenian Software S.A.S., puesto que se confirmará la sentencia denegatoria de las pretensiones. A su turno, el artículo 5.1 del Acuerdo 10554 de 2016 consagró que, en los procesos declarativos, la tarifa de las agencias en derecho en la segunda instancia se establecerá en salarios mínimos mensuales legales vigentes, en un rango entre uno (1) y seis (6) SMLMV.

A partir de lo expuesto, la Sala fijará las agencias en derecho por la segunda instancia en tres (3) SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia, que estarán a cargo de la demandante, sociedad Ingenian Software S.A.S., y a favor del demandado, Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2022, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de la segunda instancia a la parte demandante, sociedad Ingenian Software S.A.S., las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho, se fija la suma equivalente a tres (3) SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia, la

⁹ Conviene señalar que, bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, “*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*”.



Expediente: 250002336000202100490 01
Actor: Ingenian Software S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la
Función Pública DAFP
Referencia: Acción Contractual - 69492

que deberá ser pagada por la sociedad Ingenian Software S.A.S en favor de la parte demandada, Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP.

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse, con destino a las partes, las copias auténticas con las constancias previstas en la ley procesal.

CUARTO: El cumplimiento de la presente sentencia deberá realizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

Salvamento de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF