

## **PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES – Igualdad – Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 – Selección Objetiva**

Los pliegos son a la vez expresión del principio de transparencia, que propende por la igualdad de oferentes y la selección objetiva (artículo 24 de la Ley 80 de 1993) y del principio de economía, con arreglo al cual, los procedimientos contractuales son mecanismos para cumplir los fines estatales (artículo 25 de la Ley 80 de 1993). Salvo que las exigencias allí contenidas sean ineficaces de pleno (artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993) o que impidan la selección objetiva (artículo 25.18 de la Ley 80 de 1993), deben respetarse por la Administración y los proponentes deben ajustar sus propuestas a las exigencias allí edificadas, de cara a la planeación que la entidad realizó antes de su elaboración.



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ (E)**

Bogotá D.C., primero (1) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

**Radicación:** 66001233100220100016701 (48.354)  
**Demandante:** Temporarios S.A.  
**Demandado:** Municipio de Dosquebradas  
**Acción:** Controversias contractuales  
**Asunto:** Sentencia de segunda instancia

Temas: *LUCRO CESANTE – Utilidad neta. AIU – Concepto. DICTAMEN PERICIAL – Valoración. COSTAS EN CCA – Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El demandante considera haber presentado la mejor propuesta en el proceso de selección y reclama el consecuente restablecimiento del derecho.

**I. SENTENCIA IMPUGNADA**

1. El 18 de abril de 2013, el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió parcialmente a las pretensiones al proferir la siguiente decisión:

**PRIMERO: DECLARAR** no prósperas las excepciones de trámite inadecuado de la demanda y falta de legitimación en la causa por activa, propuestas por la entidad demandada Municipio de Dosquebradas, conforme a lo indicado en la motivación de la sentencia.

**SEGUNDO: Se DECLARA** probada parcialmente la excepción de cumplimiento del requisito de procedibilidad que fuera alegada por el municipio de Dosquebradas - Risaralda, en los términos y limitantes señalados en la expositiva.

**TERCERO: DECLÁRESE** nula la Resolución 300 del 8 de marzo de 2010, expedida por la Directora Administrativa de la Alcaldía Municipal de Dosquebradas – Risaralda, por medio de la cual se adjudicó un contrato producto de la licitación pública 001 de

2010 y se dictaron otras disposiciones, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO:** Consecuente con la anterior decisión, **DECLÁRASE**, de oficio, la nulidad absoluta del contrato de suministro número 068 del 8 de marzo de 2010, suscrito entre el municipio de Dosquebradas – Risaralda y la empresa Contrain S.A.S., Nit. 900.274.247-2, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 44 y artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 87 del C.C.A., y lo indicado en la expositiva.

**QUINTO:** Consecuencialmente y a título de indemnización de perjuicios a favor de la empresa Temporarios S.A., se condena al municipio de Dosquebradas – Risaralda (contratante) y a Contrain S.A.S. (contratista), en el equivalente al 50% cada uno, a reconocer la suma de **treinta y cuatro millones ciento cincuenta mil ochenta y siete (\$34.150.087,00) pesos**, como utilidad (U) dejada de percibir por la demandante.

**SEXTO:** La suma así reconocida deberá ser indexada acorde con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

**SÉPTIMO:** Para el pago efectivo de la condena, se aplicará lo dispuesto en el artículo 78 del C.C.A., de ahí que corresponderá a la entidad administrativa municipio de Dosquebradas – Risaralda, realizar el pago total de la obligación reconocida a Temporarios S.A., quedando a su favor la posibilidad de acudir a las acciones judiciales pertinentes para recobrar del contratista los valores cancelados en exceso.

**OCTAVO:** No se condena al pago de perjuicios morales, tal como fue definido en la parte motiva de esta decisión.

**NOVENO:** Respecto de la sentencia, verifíquese lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

**DÉCIMO:** Sin costas, por las razones expuestas en la parte motiva.

**UNIDÉCIMO: ORDÉNASE** compulsar copias de esta sentencia y de los documentos definidos en la parte motiva, con destino a la Fiscalía General de la Nación, para los fines allí expresados.

**DUODÉCIMO:** Una vez ejecutoriada la presente decisión, expídase por Secretaría, la primera copia que preste mérito ejecutivo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 115 del C. de P.C., al apoderado de la parte actora o a quien faculte previa presentación personal del escrito de autorización; y las demás copias que las partes consideren pertinentes.

**DÉCIMO TERCERO:** En caso de no ser impugnada la presente decisión archívese lo actuado, una vez cobre sello de ejecutoria.

2. El anterior proveído resolvió la demanda cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho son los siguientes:

### **Pretensiones**

3. El 9 de julio de 2010<sup>1</sup>, Temporarios S.A., a través de apoderado judicial, presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el

---

<sup>1</sup> Folio 63 del cuaderno 1.

propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe conforme obra, incluso con eventuales errores):

**PRETENSIONES:**

*1.- Decretar la nulidad del contrato estatal suscrito entre la persona jurídica Contrain S.A.S. y el Municipio de Dosquebradas, 068-2010 de marzo 08 y su adicional de marzo 25 de 2010, cuyo objeto es el de "Suministro y administración de personal profesional, técnico y operativo para el desarrollo de las actividades las (sic) las diferentes secretarías del Municipio de Dosquebradas", suscrito en el año 2010, producto de la licitación pública 001-2010.*

*2.- Decretar la nulidad de la resolución 300 de marzo 08 de 2010, por medio de la cual el municipio de Dosquebradas, resuelve adjudicar el contrato cuyo objeto es: "Suministro y administración de personal profesional, técnico y operativo para el desarrollo de las actividades las (sic) las diferentes secretarías del Municipio de Dosquebradas" producto de la licitación pública 001-2010.*

*Consecuencia de la declaratoria de nulidad de los anteriores actos, se condene a título de restablecimiento del derecho el pago de las siguientes sumas de dinero:*

- 1.1. A título de indemnización por daño emergente la suma de SEISCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS (\$610.000.000,00) como valor del AUI, presentado por el oferente TEMPORARIOS S.A.*
- 1.2. A título de perjuicios morales la suma de Doscientos Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.*
- 2. A los anteriores valores debe agregarse la indexación de ley.*
- 3. Condenar en costas a la parte demandada.*

**PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

*1.- Decretar la nulidad del contrato estatal suscrito entre la persona jurídica Contrain S.A.S. y el Municipio de Dosquebradas, 068-2010 y su adicional de marzo 25 de 2010, cuyo objeto es el de "Suministro y administración de personal profesional, técnico y operativo para el desarrollo de las actividades las (sic) las diferentes secretarías del Municipio de Dosquebradas", suscrito en el año 2010, producto de la licitación pública 001-2010.*

*2.- Decretar la nulidad de la resolución 300 de marzo 08 de 2010, por medio de la cual el municipio de Dosquebradas, resuelve adjudicar el contrato cuyo objeto es: "Suministro y administración de personal profesional, técnico y operativo para el desarrollo de las actividades las (sic) las diferentes secretarías del Municipio de Dosquebradas" producto de la licitación pública 001-2010.*

*Consecuencia de la declaratoria de nulidad de los anteriores actos, se condene a título de restablecimiento del derecho al pago de las siguientes sumas de dinero:*

- a. El daño emergente y el lucro cesante que se acredite mediante peritación dentro del proceso, inherente a la rentabilidad dejada de percibir.*
- b. Los intereses moratorios comerciales causados a partir de la ejecutoria del fallo.*
- c. Condenar en costas a la demandada.<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> Folios 57 y 58 del cuaderno 1.

## **Hechos principales**

4. Como supuestos fácticos, la parte actora indicó que el municipio de Dosquebradas, Risaralda, mediante Resolución n°. 245 del 18 de febrero de 2010, abrió la licitación pública n°. 001 de 2010, con el objeto de contratar el suministro y administración de personal profesional, técnico y operativo para el desarrollo de las actividades de las diferentes secretarías del municipio.

5. Se presentaron tres propuestas dentro del referido proceso de selección, entre ellas, la de la empresa Temporarios S.A. En el informe de evaluación, se determinó que todos los proponentes cumplían con los requisitos del pliego de condiciones y se estableció, como orden de elegibilidad del primer al tercer lugar las propuestas de Contrain S.A.S, Temporarios S.A. y G.E.S. Ltda, respectivamente.

6. Emitido el informe de evaluación, Temporarios S.A. formuló observaciones respecto de la propuesta de Contrain S.A.S. en lo referente a su capacidad jurídica, estados financieros, capacidad financiera y experiencia. Al efecto, solicitó el rechazo de la misma por cuanto el proponente no cumplió con el capital de trabajo y con el requisito de certificación de experiencia. Señaló, además, que Contrain S.A.S. carecía de capacidad jurídica para celebrar el contrato, pues su objeto social no previó el suministro y administración de personal, tal como lo exige el objeto contractual; igualmente, el valor de su capacidad de “recontratación” tampoco alcanzaba a cubrir el monto del contrato. De otra parte, solicitó que se corrigiera la calificación en el ítem de reinversión de la propuesta de Temporarios S.A. para otorgarle el máximo puntaje.

7. La entidad no acogió las anteriores observaciones y ratificó lo expuesto en el informe de evaluación.

8. El 8 de marzo de 2010, el municipio de Dosquebradas, mediante Resolución n°. 300 de 2010, adjudicó el contrato a Contrain S.A.S. En la misma fecha, fue suscrito el contrato de suministro n°. 068 de 2010 entre la entidad y la adjudicataria, el cual fue modificado el 25 de marzo siguiente.

## **Fundamentos de derecho**

9. La parte actora aseveró que se desconocieron los artículos 1, 2, 4, 13 y 209 de la Constitución Política; 3, 6, 24, 25, 26, 29 y 50 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario n°. 2170 de 2002. Adujo que el municipio de Dosquebradas, a través de las adendas al pliego de condiciones, favoreció a aquellos proponentes que no cumplieron con los requisitos, pues otorgó puntaje a ítems que no debían ser calificados, como los requisitos habilitantes.

10. Sostuvo que la entidad desconoció el deber de selección objetiva y los principios de transparencia y economía, al no rechazar la propuesta de Contrain S.A.S., a pesar de que no estaba habilitada, según se desprende de su objeto social.

Asimismo, indicó que Contrain S.A.S. tampoco cumplió con el certificado de experiencia, pues el documento que aportó para cumplir este requisito era falso.

11. Agregó que, si la entidad demandada hubiera descalificado dicha propuesta, Temporarios S.A. habría sido el mejor calificado, de conformidad con el informe de evaluación.

### **Contestación de la demanda**

12. El municipio de Dosquebradas se opuso a las súplicas de la demanda, al considerar que los actos demandados fueron expedidos con apego a las normas constitucionales y legales vigentes.

13. Afirmó que las modificaciones al pliego de condiciones en lo referente al certificado de experiencia no trasgredieron el principio de igualdad y, por el contrario, permitió la participación de un mayor número de proponentes. Agregó que la no calificación del ítem de reinversión social tampoco vulneró dicho principio, pues, de conformidad con el pliego, solo se asignaría puntaje al proponente que mayor porcentaje destinara para ese concepto.

14. Frente a la propuesta de Contrain S.A.S, sostuvo que cumplió con todos los requisitos. Al efecto, señaló que estaba autorizada para proveer servicios a terceros y que la presunta falsedad de alguno de sus certificados no había sido declarada administrativa ni judicialmente. Asimismo, adujo que los estados financieros del proponente fueron debidamente estudiados y que su capacidad jurídica quedó demostrada dentro del proceso de selección.

15. Igualmente, propuso las excepciones de: (i) *falta de agotamiento del requisito legal de procedibilidad*, dado que la demandante –en la solicitud de conciliación prejudicial– no formuló la pretensión de nulidad absoluta del contrato de suministro, (ii) *inexistencia de la prueba que demuestre la nulidad absoluta del contrato*, porque con la demanda no se aportaron pruebas, (iii) *falta de legitimación en la causa por activa*, toda vez que en la audiencia de tipificación de riesgos y aclaración de pliegos definitivos se presentó la unión temporal Tempecol-Pereira, (iv) *improcedencia del trámite dado a la demanda*, pues la demandante formuló la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pese a que el contrato ya se había celebrado, (v) *falta de prueba que sustente cualquiera de los cargos de violación incoados*, pues los cargos de ilegalidad que se aducen no tienen soporte probatorio y (vi) *la genérica que resulte probada en el proceso*.

### **Adecuación del trámite y vinculación del tercero interesado**

16. En proveído del 2 de agosto de 2010<sup>3</sup>, el *a quo* adecuó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta y la tramitó como acción de controversias contractuales. En la misma fecha, vinculó como tercero interesado a la empresa

---

<sup>3</sup> Folios 27 a 28 del cuaderno 1.

Contrain S.A.S., dado su interés en defender la propuesta que presentó a la entidad contratante. En esa oportunidad también se le corrió traslado de la demanda<sup>4</sup>.

### **Alegatos en primera instancia**

**17. Surtido el debate probatorio<sup>5</sup>**, en proveído del 31 de enero de 2013<sup>6</sup>, el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto; etapa procesal en la cual las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **Fundamentos de la providencia recurrida**

**18.** En la sentencia de primer grado<sup>7</sup>, el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró de oficio la nulidad del contrato n°. 068 de 2010, con fundamento en la ilegalidad de la Resolución n°. 300 de 2010, mediante la cual se adjudicó el contrato a Contrain S.A.S. Explicó que como la demandante –en la solicitud de conciliación prejudicial– no formuló la pretensión de nulidad absoluta del contrato, procedía parcialmente la excepción de *falta de agotamiento del requisito legal de procedibilidad*. Sin embargo, ello no impedía declarar la nulidad de oficio con fundamento en los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

**19.** Consideró que se acreditó el error en la valoración de la experiencia de Contrain S.A.S. –adjudicataria del contrato–, puesto que la certificación aportada en relación con su experiencia correspondía a un periodo en el que no tuvo contratos vigentes con ninguna entidad, lo que demuestra que dicha certificación era falsa. Asimismo, estableció que la adjudicataria y Empresas Públicas de Marsella E.S.P. no celebraron contratos en ningún momento y, por ello, su propuesta no podía ser considerada en el proceso de selección y el acto de adjudicación adolece de falsa motivación.

**20.** Como Temporarios S.A. tenía derecho a la adjudicación del contrato, pues era el segundo en la lista de elegibles, la sentencia de primera instancia reconoció \$34.150.087, como utilidad dejada de percibir por el demandante. Para calcular el monto de la indemnización, el *a quo* consideró que el demandante señaló –en su propuesta económica– un valor del 15% que denominó “*AUI*” y, a partir de ese

---

<sup>4</sup> Folios 75 y 76 del cuaderno 1

<sup>5</sup> El Tribunal practicó y decretó las siguientes pruebas: Documentales: (i) las aportadas con la demanda y en la contestación de la demanda, (ii) copia auténtica de la propuesta de Temporarios S.A. dentro de la licitación n°. 001 de 2010, (iii) copia auténtica del acto de adjudicación en la licitación n°. 001 de 2010, (iv) copia auténtica de las observaciones de los proponentes al pliego de condiciones y al informe de evaluación, (v) copia auténtica de los oficios de la Procuraduría Provincial de Pereira dentro de la licitación n°. 001 de 2010, (vi) copia auténtica de la Resolución n°. 569 de 2009 -permiso de funcionamiento de Contrain S.A.S.-, (vii) copia de la escritura pública n°. 4499 de 2009 por medio de la cual se constituyó Contrain S.A.S., (viii) póliza de seguro de cumplimiento n°. 101000214, (ix) copia auténtica del balance de apertura de Contrain S.A.S., (x) certificado de existencia y representación legal de Contrain S.A.S., (xi) Resolución n°. 544 de 2009 que aprueba el reglamento interno de trabajo de Contrain S.A.S., (xii) oficio de la representante legal de Contrain S.A.S del 15 de enero de 2010, (xiii) informe estadístico de Contrain S.A.S. y (xiv) certificaciones de las Empresas Públicas de Marsella E.S.P. elaboradas el 9 de enero de 2010 y el 1 de julio de 2011. Dictamen pericial contable para contestar unas preguntas formuladas en la demanda.

<sup>6</sup> Folio 151 del cuaderno 1.

<sup>7</sup> Folios 162 a 201 del cuaderno principal.

porcentaje, determinó la utilidad. Al efecto, tuvo en cuenta que el literal p) del numeral 5.7 del pliego definió que el “*porcentaje de administración*” no podría ser inferior al 13.3% del valor de la oferta y, por tal motivo, concluyó que la diferencia entre esos dos porcentajes distribuida en partes iguales entre la utilidad (U) y los imprevistos (i), permitía definir el monto de la indemnización.

## **II. EL RECURSO INTERPUESTO**

### **Síntesis del recurso de apelación:**

**21.** La parte demandante formuló recurso de apelación con el objeto de que se revoquen los numerales quinto y décimo de la parte resolutive de la sentencia reprochada y, en su lugar, pidió que se aumente el monto de la indemnización por la utilidad esperada y que se condene en costas a la parte demandada.

**22.** Adujo que la forma en la que el *a quo* calculó la utilidad esperada es incorrecta, pues, el pliego de condiciones no definió un porcentaje para el AIU. Agregó que el AIU es propio de los contratos de obra y, por ello, la cifra del 15% a la que se refiere su propuesta no correspondía al concepto de AIU ni allí incluyó utilidades. Además, sostuvo que, en efecto, la restricción prevista en el pliego, según la cual, el “*porcentaje de administración*” no podía ser menor al 13.3% ni superior al 15.3% del valor de la oferta en realidad se refería al valor total que la entidad estaba dispuesta a pagar para la prestación del servicio.

**23.** Añadió que, de aceptarse que existió un valor por AIU en su propuesta, la utilidad esperada correspondería a la tercera parte de dicha cifra.

**24.** Esgrimió que el dictamen acreditó el monto de los perjuicios por la utilidad esperada, con ocasión de la falta de adjudicación del contrato. Adujo que la perito tuvo en cuenta para la elaboración de los cálculos el porcentaje de utilidades que indican las reglas de la experiencia para este tipo de contratos, según dan cuenta los anexos que se aportaron con la experticia. Asimismo, que el dictamen tiene fundamento y soportes y que la perito sustentó sus conclusiones en los cálculos correctos.

**25.** En cuanto a las costas, afirmó que incurrió en gastos durante el trámite de la primera instancia que debía ser pagados por la entidad que fue vencida en el proceso y que fue evidente la actuación ilegal del municipio al adjudicar el contrato.

### **Trámite de segunda instancia**

**26.** El 18 de junio de 2013, el Tribunal en primera instancia concedió el recurso de apelación de la parte demandante y rechazó el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Dosquebradas, por extemporáneo<sup>8</sup>. El 5 de septiembre siguiente,

---

<sup>8</sup> Folios 234 a 236 del cuaderno principal.

esta Corporación admitió el recurso<sup>9</sup>; luego, el 7 de octubre de 2013, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto<sup>10</sup>.

27. El Ministerio Público solicitó modificar la sentencia apelada; señaló que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, como en su propuesta la demandante determinó el porcentaje del AIU, pero no especificó a cuánto ascendía la utilidad, para calcular el monto de la indemnización lo procedente era dividir en tres el valor del AIU indicado en la oferta, de los cuales, un tercio corresponde a las utilidades dejadas de percibir por la demandante.

28. Las partes guardaron silencio.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **El objeto de la apelación**

29. Vistos los reparos del recurso de alzada, la Sala analizará si el tribunal erró al definir la utilidad esperada por quien debió ejecutar el contrato y si era procedente la condena en costas en primera instancia.

#### **Motivación de la sentencia**

#### **El cálculo de las utilidades**

30. La sentencia de primera instancia condenó al pago de las utilidades dejadas de percibir por el demandante, con ocasión de la falta de adjudicación del contrato n°. 068 de 2010. Para calcular el monto de la indemnización, el *a quo* consideró que la demandante señaló el “*AUI*” en su propuesta económica y, a partir de este porcentaje, calculó la utilidad. Tuvo en cuenta que el pliego de condiciones definió que el “*porcentaje de administración*” no podría ser inferior al 13.3% del valor de la oferta (literal p del numeral 5.7) y que Temporarios S.A., en su propuesta económica, estableció un 15% por concepto de “*AUI*”. De ahí, concluyó que la utilidad (U) y los imprevistos (I) corresponden a la diferencia entre los dos porcentajes (15% de lo que el oferente denominó “*AUI*” y 13.3% que correspondía al mínimo de gastos de administración). La diferencia, es decir, 1,7% la distribuyó en partes iguales en los dos ítems faltantes por lo que correspondía 0,85% para cada uno. Por ello, de conformidad con la propuesta de Temporarios S.A., el *a quo* estimó que el valor de la administración (A) correspondía a \$534.348.429 (13,3% de salarios y prestaciones) y los imprevistos y las utilidades a \$34.150.087 (0,85%), cada uno.

31. La recurrente expuso que su oferta no definió un porcentaje para el AIU, ni allí cuantificó la utilidad, porque el tipo de contrato y el pliego no lo exigían así. Pidió que ante la falta de delimitación del AUI lo que correspondía era que se le reconociera el 15% como la ganancia. La Sala considera que la recurrente no tiene razón, pues, en

<sup>9</sup> Folio 251 del cuaderno principal.

<sup>10</sup> Folio 253 del cuaderno principal.

su oferta determinó un porcentaje en el que cuantificó la utilidad y los demás componentes del AIU, como procede la Sala a explicarlo.

32. La Sala destaca que el oferente, en su propuesta, señaló un 15% por concepto de "AUI". Al respecto, en el proceso obra la propuesta presentada por Temporarios S.A. dentro del proceso de licitación n.º 01 de 2010. Según da cuenta el "Resumen del costo total del servicio – Anexo complementario a la propuesta incluye AUI"<sup>11</sup>, la demandante estableció el valor de la oferta de la siguiente manera:

<b>DISTRIBUCIÓN DE PRESUPUESTO</b>	
Salario, prestaciones antes de administración	4,017,657,351
AUI 15%	602,648,603
Subtotal	4,620,305,954
IVA	73,924,895
<b>Total</b>	<b>4,694,230,849</b>

La oferente, al realizar la distribución de su presupuesto, entonces, identificó plenamente varios conceptos, de acuerdo con los cálculos que realizó para ejecutar el contrato. En efecto, procedió a determinar los costos directos del servicio constituidos por los salarios y prestaciones antes de administración. Luego, expresamente, señaló un valor por AIU, el cual, por supuesto, incluye la utilidad, rubro respecto del cual no discriminó los porcentajes por cada uno de los conceptos que lo componen y, finalmente, tuvo en cuenta todos estos valores para determinar el monto a pagar por IVA.

33. Con la propuesta, la demandante allegó un documento denominado "Oferta económica y condiciones del servicio"<sup>12</sup>, según el cual, indicó que en el 15%, que se discriminó en la propuesta, se incluye "los costos administrativos, pólizas, impuestos de legalización del contrato y riesgos que se pueden derivar del mismo". Es decir, que el oferente tenía claro que en ese porcentaje incluía los rubros que componen el AIU, esto es, los costos de administración y los imprevistos. Ese documento es complementario a la distribución del presupuesto, de manera que resulta evidente que la propuesta pretendió cuantificar expresamente todos los componentes del AIU.

34. La claridad de la propuesta frente a que se discriminó un AIU impide que se le reconozca el 15 por ciento como "ganancia".

35. El concepto de Administración, Imprevistos y Utilidad -AIU- que se introduce en el valor total de la oferta y que es de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, no está definido legalmente. No obstante, la jurisprudencia ha delimitado el concepto al señalar que la administración responde a aquellos costos indirectos para la operación del contrato, tales como gastos de disponibilidad de la organización del contratista; los imprevistos, a las reservas necesarias para cubrir el riesgo normal que se puede presentar durante la ejecución

---

<sup>12</sup> Folio 189 del cuaderno 5.

del contrato y las utilidades, al beneficio económico que pretende el contratista con la realización del contrato<sup>13</sup>.

**36.** Teniendo en cuenta que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el AIU, cada empresa o comerciante, de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado.

**37.** Aunque el concepto de AIU es comúnmente utilizado en contratos de tracto sucesivo o ejecución periódica y bajo la modalidad de precios unitarios, los contratantes pueden pactar el AIU en contratos de diferente naturaleza, según lo estimen conveniente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Su inclusión, pues, no es un requisito legal para la existencia y validez del contrato.<sup>14</sup>

**38.** Además, la figura del AIU se utiliza para la determinación del Impuesto sobre las Ventas (IVA) en los servicios, y por los conceptos que específicamente haya determinado la ley<sup>15</sup>. Y, para determinados contratos, como los de construcción, se dispone que, para efectos de establecer el monto de ese impuesto, el valor de la utilidad en ningún caso podrá ser inferior a la que comercialmente corresponda a contratos iguales o similares<sup>16</sup>.

**39.** Como la oferta contiene un porcentaje global para el AIU, el cual se compone de los rubros señalados, la demandante no puede desconocer la forma en que ofertó y, mucho menos, pretender que un valor propuesto para el AIU, solo se interprete como valor por concepto de utilidades para liquidar el daño. Además de que tal interpretación iría contar la naturaleza de las cosas, atentaría contra el propio acto del proponente pues a la vez que ese porcentaje no fue estimado en su totalidad como la *“ganancia”*, como se ha referenciado, en el documento *“Oferta económica y condiciones del servicio”*, explicó que contenía gastos de administración y otros

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2003, Rad. 17.554.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de septiembre de 2018, Rad: 11001-03-06-000-2018-00124-00.

<sup>15</sup> La regulación del AIU fue introducida en el Decreto 1372 de 1992, para el cálculo del IVA en los contratos de construcción. La Ley 788 de 2002 modificó el artículo 468-3 del Estatuto Tributario –ET– con el fin de fijar una base específica para determinar el IVA en los servicios de aseo, vigilancia y temporales de trabajo. Con la entrada en vigor de la Ley 1607 de 2012 se prescribió que, para los servicios de los que trata el artículo 462-1 del ET, el IVA se generarían sobre el AIU. Finalmente, La Ley 1819 de 2016 efectuó algunos cambios frente a los servicios integrales de vigilancia, aseo y cafetería autorizados por la Superintendencia de Vigilancia Privada y los servicios temporales prestados por empresas autorizadas por el Ministerio del Trabajo. Para el cálculo del IVA con fundamento en el AIU ver el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992, compilado en el artículo 1.3.1.7.9. del Decreto 1625 de 2016, único reglamentario en asuntos tributarios, y los artículos 462-1 numeral 4, 468-3 del Estatuto Tributario.

<sup>16</sup> El artículo 3 del Decreto 1372 del año 92, compilado en el artículo 1.3.1.7.9. del Decreto 1625 de 2016 único reglamentario en asuntos tributarios dispone: “En los contratos de construcción de bien inmueble, el impuesto sobre las ventas se genera sobre la parte de los ingresos correspondiente a los honorarios obtenidos por el constructor. Cuando no se pacten honorarios el impuesto se causará sobre la remuneración del servicio que corresponda a la utilidad del constructor. Para estos efectos, en el respectivo contrato se señalará la parte correspondiente a los honorarios o utilidad, la cual en ningún caso podrá ser inferior a la que comercialmente corresponda a contratos iguales o similares. En estos eventos, el responsable sólo podrá solicitar impuestos descontables por los gastos directamente relacionados con los honorarios percibidos o la utilidad obtenida, que constituyeron la base gravable del impuesto.”

conceptos, con lo cual no correspondía únicamente a lo que esperaba ganar con la ejecución del contrato.

**40.** En segundo lugar, la recurrente sostuvo que el “*porcentaje de administración*” al que se refería el literal p) del numeral 5.7 del pliego, correspondía, en realidad, al valor que la entidad estaba dispuesta a pagar por la ejecución del contrato y, por ende, el Tribunal no podía usarlo para cuantificar la utilidad.

**41.** El pliego de condiciones, que es el marco general del proceso de selección, exigió, en el literal p) del numeral 5.7, que “*el porcentaje de administración no podrá ser inferior al 13.3% ni superior al 15.3% del valor de la oferta*” y que “*la propuesta que no cumpla con estos rangos será rechazada*”<sup>17</sup>. El pliego de condiciones, además, en el capítulo de evaluación económica de la oferta, dispuso que el valor de la propuesta incluiría la totalidad de los costos directos e indirectos. Asimismo, las cantidades, los precios y el valor de la oferta serían en precios unitarios, los cuales debían ser ajustados a pesos<sup>18</sup>.

**42.** Para este proceso de selección los oferentes debían dejar claro en su propuesta, de cara a la regulación del rechazo ya referida, que el “*porcentaje de administración*” debía estar entre el 13.3% y el 15.3% para cumplir con este requisito. Para la entidad, entonces, del concepto de AIU, resultaba relevante el porcentaje de administración, para el cual determinó unos rangos específicos en los cuales debían estar las propuestas. Ello con independencia de que lo hiciera en el marco de las causales de rechazo de la oferta, pues el acápite en el que se reguló, no le resta claridad al concepto que la entidad pretendía fijar expresamente en el pliego de condiciones.

**43.** La configuración del pliego no permite concluir, como lo señala la recurrente, que esa exigencia en realidad se refiriera al valor que la entidad estaba dispuesta a pagar por el contrato. El pliego de condiciones es claro en señalar que ese porcentaje correspondía a la administración, concepto que envuelve los costos y los gastos indirectos para la operación del contrato. No obran elementos de juicio que permitan considerar que a pesar de la claridad de la exigencia del pliego, ésta se refiriera al monto total que la entidad pagaría por el contrato.

**44.** En tercer lugar, la recurrente afirmó que en caso de que se considerara que en su propuesta incluyó el AIU, o que el rubro incluyó la utilidad, el mismo debía disgregarse en partes iguales. En algunas decisiones, la Sección Tercera ha determinado que en los eventos en los cuales se determina un valor global del AIU y no es posible determinar el porcentaje que corresponde a los conceptos que lo integran, la equidad y las reglas de la experiencia indican que es procedente dividir en partes iguales el valor total identificado en la propuesta<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Folio 153 del cuaderno 4.

<sup>18</sup> Folios 135 y 150 del cuaderno 4.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2011, rad. n°. 20.811

**45.** Esta propuesta de solución soportada en un criterio de equidad, que no es regla, no es aplicable en este caso. Se demostró que el pliego de condiciones determinó el porcentaje de administración, que no podía ser inferior al 13.3.% ni superior al 15.3% del valor del contrato. No debe perderse de vista que el pliego de condiciones es un documento contractual de enorme significación. Como tal, constituye un imprescindible marco de referencia tanto para el proceso licitatorio como para la ejecución del contrato. Los pliegos son a la vez expresión del principio de transparencia, que propende por la igualdad de oferentes y la selección objetiva (artículo 24 de la Ley 80 de 1993) y del principio de economía, con arreglo al cual, los procedimientos contractuales son mecanismos para cumplir los fines estatales (artículo 25 de la Ley 80 de 1993). Salvo que las exigencias allí contenidas sean ineficaces de pleno (artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993) o que impidan la selección objetiva (artículo 25.18 de la Ley 80 de 1993), deben respetarse por la Administración y los proponentes deben ajustar sus propuestas a las exigencias allí edificadas, de cara a la planeación que la entidad realizó antes de su elaboración.

**46.** En este caso no hay lugar a aplicar el criterio alegado por la recurrente, pues hacerlo supondría desconocer la regulación del pliego de condiciones que determinó un porcentaje específico para la administración.

**47.** Para calcular el monto de la indemnización, el *a quo* no tuvo en cuenta el dictamen pericial que se practicó en el proceso. En el recurso de apelación, el demandante, al considerar que el cálculo del tribunal fue incorrecto, pidió que ese dictamen fuera tenido en cuenta, motivo por el cual la Sala procederá a analizar si es conducente para demostrar los perjuicios reclamados.

**48.** En el proceso se practicó un dictamen elaborado por la perito Liliana Polo Ramírez –contadora pública–, para que conceptuara sobre los estados financieros de Contrain S.A.S. y para que cuantificara los perjuicios materiales que se ocasionaron a la demandante por la no adjudicación del contrato de suministro n°. 068 de 2010.

**49.** Frente al monto de la indemnización, la perito concluyó que este “*equivale a \$602.648.603, valor que corresponde a utilidad (AUI), si le hubiera sido adjudicado dicho contrato*”.<sup>20</sup> Para apoyar su conclusión, se fundamentó en que el porcentaje del 15% definido en la oferta como “AUI” correspondía a la utilidad. Por tal motivo, reconoció el 15% definido en la oferta como la utilidad esperada si se hubiera adjudicado el contrato a la demandante. Sus cálculos se basaron, exclusivamente, en el cuadro de la oferta que se denominó distribución del presupuesto y el cálculo se limitó a obtener el 15% del valor total allí referido.

**50.** La Sala advierte que el dictamen pericial tiene falencias graves en la precisión y la calidad de sus fundamentos. En primer lugar, porque se limitó a transcribir el cuadro contenido en la oferta y a calcular la utilidad mediante la operación matemática consistente en obtener el 15% del monto identificado por AIU, sin

---

<sup>20</sup> Según da cuenta las conclusiones del dictamen pericial que obran a folio 62 del cuaderno 2.

explicar por qué estimó que ese porcentaje correspondía en su totalidad a la utilidad. De manera que no tiene fundamento ni da cuenta de las razones de su operación

**51.** En segundo lugar, resulta que no es correcto reconocer el total del porcentaje indicado en la oferta -en este caso el 15%- pues el AIU está compuesto por tres valores distintos. Como el AIU, según se explicó, comprende la administración, imprevistos y utilidades, ese porcentaje total identificado en la demanda no puede corresponder, exclusivamente, como lo concluyó la perito, a la utilidad. Adicionalmente, ello resulta más claro en este caso, en el que se acreditó que la entidad exigió unos porcentajes específicos para la administración, con lo cual no resultaba posible concluir que el valor del 15% correspondía a la utilidad. Los cálculos de la perito, pues, además de no estar explicados, contrarían el concepto de AIU y las reglas del pliego de condiciones.

**52.** En este orden de ideas, el dictamen no es conducente para demostrar los perjuicios reclamados en la demanda, pues no podía reconocer el 15% del rubro que la proponente identificó como AIU, por lo que carece de firmeza y precisión y no tiene eficacia probatoria (233, 237 y 241 del CPC).

**53.** Lo probado permite concluir que era posible cuantificar la utilidad conforme a lo regulado en el pliego y lo ofertado. Por una parte, el pliego dispuso un porcentaje mínimo de administración y, por otra, la demandante identificó un porcentaje total para el AIU en su propuesta. De manera que la diferencia de esos valores determinó el porcentaje que correspondía por imprevistos y por la utilidad a la cual tendría derecho la demandante.

**54.** Definido lo anterior, la Sala procederá a modificar la sentencia de primera instancia con el fin de actualizar el monto de la condena aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha de la sentencia de primera instancia –18 de abril de 2013<sup>21</sup>– y que el índice final corresponde a la fecha de esta providencia<sup>22</sup>.

Para el efecto, se aplicará la siguiente fórmula:

$$V_p = \frac{V_h \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

V<sub>p</sub>: Corresponde al valor presente

V<sub>h</sub>: Es el valor histórico o inicial (\$34.150.087,00)

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha de este fallo = (135,39 agosto de 2023<sup>23</sup>)

<sup>21</sup> Se toma como base la fecha en la cual se celebró el contrato de suministro n°. 068 de 2010 -el 8 de marzo de 2010- y a partir de allí se contabilizan los 10 meses de plazo de ejecución contractual, sin que en todo caso puedan exceder del 31 de marzo de 2010, según lo dispuesto en la cláusula quinta del contrato.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2012, sentencia del 25 de septiembre de 2006, rad. n°. 19.216 y sentencia del 25 de septiembre de 2006, rad. n°. 15.307.

<sup>23</sup> Fuente Banco de la República. Disponible en: <https://bitly.ws/UQa4>

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia (24 78.99 abril de 2013)

$$Vp= \frac{34.150.087,00 \times 135.39}{78.99}$$

**Vp= \$58.553.741.97**

**55.** Por ende, el valor de la condena actualizada que en esta oportunidad se profiere, a título de lucro cesante, asciende a la suma de cincuenta y ocho millones quinientos cincuenta y tres mil setecientos cuarenta y un pesos, con noventa y siete centavos (**\$58.553.741.97**), la cual deberá ser pagada a favor de la demandante.

**56.** Sobre la anterior suma de dinero no se reconocerán intereses moratorios en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la condena.

#### **(ii) Costas**

**57.** Finalmente, la parte demandante, en el recurso de apelación, esgrimió que el *a quo* debió condenar en costas en primera instancia, porque incurrió en gastos y fue evidente que el ente territorial demandado actuó ilegalmente al adjudicar el contrato. De conformidad con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, hay lugar a condenar en costas, cuando se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe en el trámite del proceso. La condena en costas en los procesos contenciosos no se deriva de las actuaciones de los funcionarios del ente territorial durante la adjudicación del contrato, sino de su comportamiento como parte del proceso. Como no obra prueba en el proceso que acredite que la demandada haya actuado con temeridad o mala fe, no procedía la condena en costas en primera instancia.

**58.** En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes en segunda instancia, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

#### **IV. PARTE RESOLUTIVA**

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

**FALLA:**

---

<sup>24</sup> Fuente Banco de la República. Disponible en: <https://bitly.ws/UQa4>

**PRIMERO. NEGAR** el recurso de apelación interpuesto.

**SEGUNDO.-** Se dispone **ACTUALIZAR** el valor de la condena impuesta en primera instancia, por lo cual el numeral 5 de la sentencia del 18 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, quedará así:

*“**QUINTO.** Consecuencialmente y a título de indemnización de perjuicios a favor de la empresa Temporarios S.A., se condena al municipio de Dosquebradas – Risaralda (contratante) y a Contrain S.A.S. (contratista), en el equivalente al 50% cada uno, a reconocer la suma de cincuenta y ocho millones quinientos cincuenta y tres mil setecientos cuarenta y un pesos, con noventa y siete centavos (\$58.553.741.97), como utilidad dejada de percibir por la demandante.”*

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO.** En firme esta providencia, **DEVÚELVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de conformidad con el estatuto procesal vigente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE                      FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS    JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ (E)**  
Con aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE<sup>25</sup>  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**

VF

---

<sup>25</sup> Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.  
DAR/PT